

# Revista española de Derecho Administrativo

2021

Núm. 214 (Julio-Septiembre 2021)

Estudios

4. Las reservas de contratos del sector público a empresas de trabajadores con discapacidad y en riesgo o situación de exclusión social (JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO)

## 4 Las reservas de contratos del sector público a empresas de trabajadores con discapacidad y en riesgo o situación de exclusión social<sup>\*)</sup>

JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Miguel Hernández de Elche*

ISSN 0210-8461

**Revista española de Derecho Administrativo 214  
Julio - Septiembre 2021**

### Sumario:

- I. Introducción sobre las reservas de contratos de las disposiciones adicionales 4.<sup>a</sup> y 48.<sup>a</sup> de la vigente Ley 9/2017, de contratos del sector público
- II. La reserva de contratos para empresas con trabajadores con discapacidad y en riesgo o situación de exclusión social de la DA 4.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017. Principales cuestiones planteadas en su aplicación
  1. Finalidad y esencia de la reserva
  2. Carácter obligatorio de la reserva
  3. Las modalidades de aplicación de la reserva: la que afecta al derecho a participar en la licitación; la que afecta a la ejecución del contrato; y la que se circunscribe a lotes de este
  4. ¿Qué poderes adjudicadores están obligados a esta reserva y qué órganos de los mismos son competentes para fijar el porcentaje mínimo de la reserva y la garantía del cumplimiento de la misma?
  5. La cuantificación del porcentaje y el plazo para fijarlo
  6. Tipos de contratos afectados por la reserva
  7. Empresas contratistas que pueden participar en los contratos objeto de esta reserva
  8. Aspectos procedimentales
  9. Condiciones mínimas de garantía para el cumplimiento de la reserva y la problemática de la incidencia en su eficacia de la subrogación obligatoria del personal de empresas contratistas anteriores
- III. La reserva de contratos para servicios de carácter social, cultural y de salud enumerados en la DA 48.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017. Principales cuestiones planteadas en su aplicación

1. Finalidad y esencia de la reserva
2. Carácter potestativo de la reserva
3. Las modalidades de aplicación de la reserva: la que afecta al derecho a participar en la licitación; la que afecta a la ejecución del contrato; y la que se circunscribe a lotes de este
4. ¿Qué poderes adjudicadores pueden establecer esta reserva y qué órganos de los mismos son competentes para fijar el porcentaje mínimo de la reserva y la garantía del cumplimiento de la misma?
5. La cuantificación del porcentaje y el plazo para fijarlo
6. Tipos de contratos afectados por la reserva
7. Empresas contratistas que pueden participar en los contratos objeto de esta reserva
8. Aspectos procedimentales
9. Condiciones mínimas de garantía para el cumplimiento de la reserva y la problemática de la incidencia en su eficacia de la subrogación obligatoria del personal de empresas contratistas anteriores

#### IV. Su regulación en países de nuestro entorno europeo próximo

1. Los contratos reservados en Italia
2. Los contratos reservados en Francia

#### V. Bibliografía

#### RESUMEN:

Se centra el trabajo en aquellas cuestiones que suscitan mayores problemas interpretativos, cuando los poderes adjudicadores españoles pretenden poner en práctica las reservas de las Disposiciones Adicionales 4ª (contratación de empresas que integren en su plantilla de trabajadores personas con discapacidad o en situación de exclusión social o riesgo de producirse) y 48ª LCSP (contratos para la gestión de determinados servicios públicos, de carácter social, cultural y de salud, especificados en la propia Disposición Adicional). Y se aporta una referencia sintética de su regulación en Francia e Italia.

**PALABRAS CLAVE:** Reservas de los contratos del Sector Público - Centros Especiales de Empleo de iniciativa social - Empresas de Inserción - Empresas con trabajadores con discapacidad - Empresas con trabajadores en riesgo o situación de exclusión social - Contratos públicos de servicios sociales, culturales y de salud

#### ABSTRACT:

This work is focused on those issues that raise the greatest interpretative problems, when Spanish contracting authorities intend to implement the reserved contracts of the article 20 of the Directive 2014/24/EU (contracting of companies that include in their workforce disabled or disadvantaged persons) and of the article 77 of the Directive 2014/24/EU (contracts exclusively for those health, social and cultural services referred to in Article 74 of the Directive). A synthetic reference of its normative regulation in France and Italy is also provided.

**KEYWORDS:** Reserved public contracts - Sheltered workshops - Economic operators whose main aim is the social and professional integration of disabled or disadvantaged persons - Public contracts exclusively for those health, social and cultural services referred to in Article 74 of the Directive 2014/24/EU

---

El origen del presente trabajo se encuentra en la prestación de servicios de carácter social realizada con ocasión del Proyecto derivado del contrato efectuado, en 2020, con la Diputación Provincial de Alicante, cuyo título es: “Estudio para la aplicación de las medidas de reserva de determinados contratos o lotes de los mismos previstas en las disposiciones adicionales 4ª y 48ª de la ley de contratos del sector público, en relación con la vertiente social de la contratación pública”. El texto presente ha sido actualizado y, en parte reelaborado.

# I. INTRODUCCIÓN SOBRE LAS RESERVAS DE CONTRATOS DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES 4.<sup>a</sup> Y 48.<sup>a</sup> DE LA VIGENTE LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Desde el prisma contractual del sector público, las Directivas Europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE y la vigente Ley española de transposición, la Ley 9/2017, han traducido las exigencias del Derecho Internacional<sup>1)</sup> y del Derecho Europeo de carácter social<sup>2)</sup> en una serie de previsiones que inciden en múltiples aspectos de los contratos del sector público, de las cuales el establecimiento de reservas que afecten al derecho de participación de las empresas contratistas o a la ejecución del mismo (que es objeto de nuestro estudio) es solo una parte de ellas.

Se plantea, así, entre tales previsiones, la inclusión de dichas cláusulas en la definición del objeto del contrato; como criterio de solvencia de los licitadores; como parte de las prescripciones técnicas; como criterios de adjudicación; como criterios de desempate; como criterio determinante de ofertas anormalmente bajas; como condiciones especiales de ejecución; como base de prohibiciones de contratación; y como base de la adopción de las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento contractual por el contratista<sup>3)</sup>.

Centrándonos ya en las “reservas de contratos”, debemos resaltar que la “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las posibilidades de incorporar criterios sociales en los contratos públicos”, de 15 de octubre de 2001, se refiere a una reserva general para personas desempleadas, sin entrar en la precisión del tipo de empresas beneficiarias de tales reservas y con la preocupación de no se produzca discriminación a empresas de los países miembros de la UE.

La Directiva Comunitaria 2004/18/CE incorporó ya la previsión de las “reservas de contratos” y las fundamentó en su Considerando 28 del siguiente modo: “El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad”. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, 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.

Y, después, dispuso, en su art. 19 (bajo el título “contratos reservados”) 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”.

Por eso, ya la Ley 30/2007 incluyó, en su Disposición Adicional Séptima (con la rúbrica “Contratos reservados”), la siguiente previsión. “Podrá reservarse la participación en los

procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición”.

Y tal reserva se reprodujo tal cual en la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En relación con el fomento del empleo de trabajadores con discapacidad, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, destaca la finalidad de “permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes” (Considerando 2). Exige a los Estados miembros y poderes adjudicadores que “tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios” (Considerando 45). Y cita la innovación social como uno de los principales motores del crecimiento futuro y contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas (Considerando 47).

En lo atinente a la discapacidad, resalta que debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato (Considerando 3).

En su Considerando 36, recoge lo siguiente: “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”.

Después, traduce lo anterior, en su art. 20, del siguiente modo: “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”.

Y, por su parte, la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, reproduce lo mismo con relación a tal tipo de contratos, en su art. 24.

En cuanto al fomento de la contratación pública con empresas que gestionan determinados servicios públicos, de tipo cooperativo, que se caractericen por la participación de sus miembros, sus trabajadores o de los usuarios de su actividad y con fines no eminentemente lucrativos, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, alude a ello, en su Considerando 118: “Para garantizar la continuidad de los servicios públicos, la presente Directiva debe permitir que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sanitarios, sociales y culturales se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales. El ámbito de la presente disposición debe limitarse exclusivamente a determinados servicios sanitarios y sociales y otros servicios conexos, determinados servicios educativos y de formación, bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos y servicios a hogares particulares, y no pretende que queden sujetas a ella ninguna de las demás exclusiones previstas en la presente Directiva. Dichos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen simplificado”.

Y, ya en su art. 77, traduce lo anterior en una nueva modalidad de contratos reservados, en los siguientes términos:

“1. 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 que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los 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. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas 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 1;

b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones 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, y

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.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo”.

La Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se refiere a estos contratos en sus arts. 19 y 24, último inciso.

Pero es que, además, lo anterior aparece, en parte explicado y en parte potenciado, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social e innovación social en la lucha contra el desempleo (2014/2236(INI)), en su art. 21, con el siguiente tenor: “(El Parlamento Europeo) [...] destaca que las empresas de la economía social y solidaria tropiezan con dificultades para acceder a contratos públicos, como las barreras relacionadas con el tamaño y la capacidad financiera; pide que se transpongan y se apliquen con rapidez y eficacia las nuevas directivas sobre contratación pública y concesiones (Directivas 2014/24/UE, 2014/25/UE y 2014/23/UE) con el fin de lograr una mayor participación de las empresas de la economía social y solidaria en los procedimientos de licitación de contratos públicos, mejorar la reserva de contratos para estas empresas, promover su función y fomentar la inclusión y la innovación sociales; pide que se adopten medidas para facilitar la participación de estas empresas en la contratación pública mediante un asesoramiento adecuado, simplificando los procedimientos a los que tienen que hacer frente y elaborando las licitaciones de tal forma que sean accesibles para los operadores más pequeños; pide que en la contratación pública se primen las ofertas que aporten más valor económico y social, antes que el precio más bajo, incluyendo criterios sociales o medioambientales en los contratos públicos”<sup>4</sup>).

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, modificó la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto Legislativo 3/2011, prescribiendo que los gobiernos de las Comunidades Autónomas fijasen, mediante Acuerdo, un porcentaje mínimo de contratos públicos respecto de los cuales se reservaría el derecho a participar en los mismos o su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, por Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción. Introdujo tres novedades reseñables: ampliar la reserva de participación a las empresas de inserción, pues antes se limitaba a los Centros Especiales de Empleo; permitir que la reserva pudiese afectar a lotes del contrato y no siempre a la totalidad del mismo; y convertir la reserva en obligatoria, frente a su anterior carácter facultativo.

Y la Ley 9/2017 ha completado la regulación de tal reserva, con previsiones específicas para la Administración General del Estado, en su Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, y ha previsto otra opcional, en su Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> (la del art. 77 de la Directiva 2014/24/UE, en términos prácticamente idénticos que los recogidos en la misma), para determinadas organizaciones que cumplan las condiciones enumeradas en la misma, en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV de la citada Ley.

## **II. LA RESERVA DE CONTRATOS PARA EMPRESAS CON TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD Y EN RIESGO O SITUACIÓN DE**

# **EXCLUSIÓN SOCIAL DE LA DA 4.<sup>a</sup> DE LA LEY 9/2017. PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS EN SU APLICACIÓN**

## **1. FINALIDAD Y ESENCIA DE LA RESERVA**

Busca, nítidamente, el fomento de la contratación de empresas que integren en su plantilla de trabajadores personas con discapacidad o en situación de exclusión social o riesgo de producirse y que no tengan ánimo de lucro o al menos este no sea predominante.

Y, como veremos, su limitación a determinados contratos de servicios y suministros especificados por la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017 solo opera para el ámbito de la Administración General del Estado y el sector público estatal, pero no respecto al ámbito de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

## **2. CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA RESERVA**

El referido carácter obligatorio se colige de la expresión utilizada “se fijarán porcentajes mínimos de reserva”, a diferencia de los términos utilizados en la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017, en la que se dice simplemente que los órganos de contratación “podrán reservar”.

Y dicha obligación exige la fijación de un porcentaje y de unas condiciones mínimas de garantía de su cumplimiento, que son aspectos en los que incidiremos en apartados posteriores de este análisis.

## **3. LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE LA RESERVA: LA QUE AFECTA AL DERECHO A PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN; LA QUE AFECTA A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO; Y LA QUE SE CIRCUNSCRIBE A LOTES DE ESTE**

Son estas las tres modalidades que contempla la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, en lo atinente al objeto de la reserva<sup>5</sup>).

A) La aplicación de la reserva al derecho a participar en la licitación supone que solo van a poder participar en el proceso licitatorio determinadas entidades (los denominados “Centros Especiales de Empleo” que sean “de iniciativa social” y las llamadas “Empresas de Inserción”), que veremos con más detalle, infra, y que, por lo tanto, solo ese tipo de empresas van a poder ser adjudicatarios del contrato (primera parte del punto 1 de la Disposición).

B) La aplicación de la reserva a lotes implica que la reserva no gira sobre la totalidad del contrato, sino sobre determinadas partes del mismo, calificadas como tales.

Así se recoge expresamente en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> y en el art. 99.4, párrafo 7, de la Ley 9/2017.

La Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), en su “Guía de compra pública responsable y del fomento de la contratación pública de entidades y

empresas de la Economía Social”, ha propugnado que las reservas se efectúen en lotes, preferentemente, porque ello facilita la aplicación de la reserva y amplía el número de licitadores<sup>6</sup>). Como también se ha resaltado que tal vía concilia del mejor modo las exigencias de la libre concurrencia y el fomento de las políticas sociales<sup>7</sup>).

C) En cuanto a la aplicación de la reserva a la ejecución del contrato, prevé la Ley, como alternativa a la modalidad anterior, la fijación de “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” (primera parte del punto 1 de la Disposición).

Ello comporta que, aunque pueda participar en la licitación cualquier tipo de contratista (lo que también se califica como empresas ordinarias), los adjudicatarios de estos contratos sometidos a reserva estarán obligados a subcontratar un determinado porcentaje del presupuesto de adjudicación o una parte del contrato con empresas que tengan en su plantilla trabajadores con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social. Aunque, como veremos más abajo, también se han incluido otras vías en la legislación autonómica, distintas de la subcontratación.

Hay que reparar, en este punto, que, en nuestro Derecho, está regulada, desde hace bastantes años, la figura de los denominados “enclaves laborales” (por el Real Decreto 290/2004), que prevé la contratación entre empresas ordinarias y empresas con plantilla de personas discapacitadas, para realizar actividades de las empresas ordinarias.

Los citados “enclaves laborales” son definidos como “el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora” (art. 1 del RD 290/2004). Y su finalidad principal es favorecer el tránsito de las personas con discapacidad desde el empleo en los centros especiales de empleo al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo (art. 2.a del RD 290/2004).

Por lo tanto, esta es una vía para instrumentalizar supuestos en los que la reserva no se establezca sobre la participación, sino sobre la ejecución y, por eso, se ha invocado como una “fórmula de empleo protegido” a los efectos de las reservas que estamos analizando<sup>8</sup>).

En la Guía del Gobierno de Navarra, bajo el ámbito de aplicación de su actualmente derogada Ley 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra, se explicaba que la denominada “reserva en ejecución” suponía requerir u obligar a subcontratar un determinado porcentaje del presupuesto de adjudicación o una parte del contrato con “Centros Especiales de Empleo” y “Empresas de Inserción”<sup>9</sup>).

Pero, ahora, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, bajo la rúbrica “Contratos reservados por motivos sociales” lo que hace es centrar la reserva en la participación exclusiva en el procedimiento licitatorio en Centros especiales de

empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción (art. 36.1), aunque incluye, como alternativas a lo anterior, a los efectos de cumplir con el porcentaje anual fijado por la propia Ley para los contratos reservados (en su art. 36.4), exigir al contratista principal, en aquellos contratos en que no quepa la reserva de participación, una de las siguientes condiciones (por lo tanto, meramente alguna y no necesariamente todas): a) que subcontrate con un CEE sin ánimo de lucro, un CEE de iniciativa social o una Empresa de Inserción aquellos servicios accesorios que sí presten este tipo de empresas; b) que, en caso de necesitar sustituir o contratar más personal, acredite haber remitido a los servicios de empleo y/o agencias de colocación o al Departamento de Derechos Sociales la oferta de empleo para cubrir dichos puestos con personas con discapacidad o en situación de exclusión social; y c) que organice prácticas laborales para personas con discapacidad o en situación de exclusión social (art. 36.5).

Puede comprobarse, por tanto, que dicha Ley incluye manifestaciones de “reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido” (amplia fórmula de la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 9/2017) distintas de la subcontratación inicialmente aludida, concretamente la contratación por la empresa ordinaria de personas con discapacidad o en situación de exclusión social o la organización por la empresa ordinaria de prácticas laborales para personas con discapacidad o en situación de exclusión social.

El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, con régimen especial, de Madrid (Ley 22/2006, de capitalidad y régimen especial de Madrid), de 17 de enero de 2019, por el que se establecen las directrices para los contratos reservados, solo recoge respecto del apartado que estamos analizando la “subcontratación” (–Acuerdo Tercero– junto a la reserva de la totalidad del contrato y de lotes del contrato, relativa a los otros apartados estudiados)[10](#)).

#### **4. ¿QUÉ PODERES ADJUDICADORES ESTÁN OBLIGADOS A ESTA RESERVA Y QUÉ ÓRGANOS DE LOS MISMOS SON COMPETENTES PARA FIJAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DE LA RESERVA Y LA GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA MISMA?**

A) En cuanto a qué poderes adjudicadores están obligados a esta reserva, la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 9/2017 se refiere expresamente a la Administración General del Estado, a la Administración de las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales, al decir que se fijarán los porcentajes mínimos de reserva “mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales”.

O sea, que se está refiriendo a las tres Administraciones territoriales y no menciona a las entidades de la denominada Administración Institucional (como Organismos Autónomos, Consorcios, etc.), ni tampoco a aquellas otras entidades incluidas por la doctrina científica en la denominada Administración Corporativa (Corporaciones de Derecho Público). Como tampoco hace referencia a si afecta a otros poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública territorial o Administración pública, en general, a los efectos de la Ley 9/2017 (además de las Corporaciones de Derecho Público que cumplan con los requisitos del art. 3.3.d de la Ley 9/2017, otros como, por ej., las fundaciones públicas).

a) En el caso de las Corporaciones de Derecho Público, hay que tener en cuenta que solo tendrán el carácter de Poder Adjudicador, si cumplen con los requisitos del art. 3.3.d de la Ley 9/2017 (que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia), como dispone el art. 3.5 de la citada Ley.

Y esto no ocurre, como regla general, en el caso de las denominadas Corporaciones Públicas Sectoriales de base privada (como los Colegios Profesionales etc.), como declaró la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 septiembre 2013, cuando se le planteó el caso de un contrato celebrado por el Colegio Profesional de Médicos de Westfalia-Lippe, pues concluyó, a la luz de exigencias similares de la Directiva 2004/18/CEE, que el colegio profesional no cumplía ni el criterio relativo a la financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos, por estar mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, ni el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos, dado que tal cosa no podía afirmarse por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fijaba el importe de las citadas cuotas debía ser aprobada por una autoridad de supervisión.

Otra cosa podría afirmarse de Corporaciones de Derecho Público sin base privada, como las Reales Academias o el Instituto de España, que sí que pueden entenderse que cumplen con tales requisitos del art. 3.3.d de la Ley 9/2017.

b) En el caso de la Administración Institucional considerada como Administración pública a los efectos de la Ley 9/2017, en el que se incluyen, entre otras entidades, los Organismos Autónomos (art. 3.1.c de la Ley 9/2017) y los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia (art. 3.1.d de la Ley 9/2017, que solo son poder adjudicador si no tienen carácter industrial o mercantil –arts. 3.2.b, sensu contrario y 3.3.d de la referida Ley– y no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado –art. 3.2.b, sensu contrario–), se ha destacado en la doctrina científica que los órganos competentes de las Administraciones territoriales citadas de las que sean entes instrumentales pueden ordenar a los órganos directivos de tales entes institucionales que adopten los acuerdos de reserva y de garantía de su cumplimiento<sup>11</sup>).

Pero, a nuestro entender, el mismo Acuerdo de reserva de contratos o lotes adoptado por el órgano competente de la Administración General del Estado, de la Administración de la Comunidad Autónoma y de la Administración Local en cuestión, para estas Administraciones territoriales, determina la reserva de los contratos a los que nos venimos refiriendo de los entes institucionales instrumentales de dichas Administraciones territoriales, por la dependencia o vinculación que tienen respecto de estas.

Tengamos en cuenta que, en el ámbito de la Administración General del Estado, dice el art. 91.2.a de la Ley 40/2015 que la Ley de creación indicará el Departamento de dependencia o vinculación y, en el ámbito de la Administración Local, consigna el art. 85 bis.1, letra a, de la Ley 7/1985, que los entes institucionales locales deberán quedar adscritos a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local.

Y consideremos, igualmente, que, mientras en la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>, atribuye la fijación de la reserva a los respectivos órganos de contratación (lo que nos conducirá, en

el caso de los Organismos Autónomos o de los Consorcios, a su órgano de contratación), aquí no hace lo mismo, sino que se la asigna a los órganos competentes de la Administración General del Estado, de la Administración de la Comunidad Autónoma y de la Administración Local.

Una muestra de la interpretación que destacamos, en relación con los contratos reservados de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, la tenemos en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, con régimen especial, de Madrid (Ley 22/2006, de capitalidad y régimen especial de Madrid), de 17 de enero de 2019, por el que se establecen 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. Pues, en él se indica expresamente que el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento es aplicable a los organismos autónomos y a las entidades del sector público municipal (Acuerdo Primero)[12](#)).

Y también se incluyen sus organismos autónomos y sus entidades del sector público municipal, en el ámbito de aplicación del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de un municipio sin régimen de grandes poblaciones, como es el de Benavente (Zamora), de 31 de julio de 2017, por el que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los centros especiales de empleo y empresas de inserción (Acuerdo Primero)[13](#)).

c) Por lo que se refiere a los poderes adjudicadores que no son Administración pública a los efectos de la Ley 9/2017 ni Corporaciones de Derecho Público (como el caso de las fundaciones públicas), consideramos que debe ser aplicado el mismo criterio que para la Administración Institucional, al ser entidades instrumentales de las Administraciones territoriales mencionadas en el punto 1 de la DA 4.<sup>a</sup> de la Ley contractual pública, con dependencia o vinculación respecto de las mismas, aunque en este caso su personalidad jurídica sea privada y no pública.

B) En cuanto a la precisión de los órganos de las Administraciones públicas obligadas a las reservas que son competentes para fijar el porcentaje mínimo de la reserva y la garantía del cumplimiento de la misma, dice la Ley (en su DA 4.<sup>a</sup>, punto 1) que es el Consejo de Ministros, en el ámbito de la Administración General del Estado, y el órgano competente, en el ámbito de las Comunidades Autónomas y en el propio de las Entidades Locales.

a) En el caso de las Comunidades Autónomas, hay que estar a su legislación propia y, en el supuesto en el que la misma no lo precise, cabe considerar que es competente su Consejo de Gobierno, por analogía con lo establecido para la Administración General del Estado.

Pero, podemos comprobar que, en algún caso, se ha realizado directamente por Ley, como, en el supuesto de la Comunidad Foral de Navarra, mediante la Ley Foral 2/2018 (art. 36), con fijación de un porcentaje (art. 36.4); de las diversas modalidades de reserva (arts. 36.1 y 36.5); y de algunas garantías para su cumplimiento (como la prohibición de subcontratación del contratista a empresas ordinarias en un porcentaje superior al 20% del precio del contrato –art. 36.9–).

Además, dicha Ley Foral ha previsto que, en el ámbito de sectores objeto de contratación centralizada, los órganos de contratación puedan contratar al margen de la contratación centralizada, si optan por reservar el contrato, siempre que los pliegos del correspondiente procedimiento de contratación centralizada hayan previsto esta excepción (art. 36.3). Luego, deja la decisión a los órganos encargados de la contratación centralizada, si así está contemplado en los pliegos.

b) Y, en el ámbito de la Administración Local, a falta de precepto expreso, cabrían –a nuestro entender– dos interpretaciones.

Una, primera, según la cual sería competente el órgano que tiene atribuidas las competencias no conferidas a otros órganos (el Alcalde, según el art. 21.1.s de la Ley 7/1985, y el Presidente de la Diputación, según el art. 34.1.o de la misma Ley).

Y otra, segunda, que cabría considerar que es competente su órgano superior de Gobierno, por analogía con lo establecido para la Administración General del Estado, que, en tal caso, sería el Pleno del Ayuntamiento o el Pleno de la Diputación y porque, no solo, en la Ley 7/1985, se asignan a este órgano las competencias más trascendentes, sino también en la Ley 9/2017, contractual pública.

α) Pues, en los municipios que no tienen el carácter de gran población y demás entes locales, se atribuyen al Pleno como órgano de contratación los contratos de mayor cuantía (los de un valor estimado superior al 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto o, en cualquier caso, a seis millones de euros) y la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales (Disposición Final Segunda, n.º 2, de la Ley 9/2017).

Un ejemplo lo tenemos en el caso del municipio de Benavente (Zamora), que no goza del régimen de los municipios de las grandes poblaciones y en el que el Acuerdo de 31 de julio de 2017, por el que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los centros especiales de empleo y empresas de inserción, lo ha adoptado el Pleno de su Ayuntamiento [14](#)).

β) Y, en los municipios de gran población, las competencias del órgano de contratación se ejercen por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, aunque sigue siendo el Pleno el competente para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales (Disposición Final Segunda, n.º 4, de la Ley 9/2017).

En la práctica que se ha ido produciendo hasta la fecha, podemos comprobar que, en un Ayuntamiento de municipio con régimen de grandes poblaciones, como es Valencia, la Instrucción o Acuerdo de Contratación Pública Responsable y la Guía inclusiva de clausulado social, ha sido aprobada por su Junta de Gobierno Local, el 22 de febrero de 2019, con previsión de que el porcentaje de contratos reservados se acordase anualmente [15](#)).

Y, en un Ayuntamiento, con régimen especial, como es el de Madrid (Ley 22/2006, de capitalidad y régimen especial de Madrid), también ha sido su Junta de Gobierno Local la que ha adoptado el Acuerdo de 17 de enero de 2019, por el que se establecen 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<sup>16</sup>).

γ) Pero, se contempla en la práctica la sustracción a la reserva de los contratos sometidos a contratación centralizada, mediante adhesión a un sistema de tal tipo, tanto en el caso de municipios con régimen especial<sup>17</sup> y de grandes poblaciones como en el de municipio sin régimen de grandes poblaciones<sup>18</sup>).

δ) En el caso de las provincias, una de las pocas manifestaciones que hemos encontrado, posteriores a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, ha sido el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Provincia y Territorio Histórico de Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2018, por el que se aprueban las instrucciones sobre los contratos reservados<sup>19</sup>. Por lo tanto, no se ha interpretado que corresponde la competencia al órgano equivalente al Presidente de la Diputación, que sería el Diputado General de Guipúzcoa, sino al máximo órgano colegiado ejecutivo de tal Provincia, que actualmente se denomina “Consejo de Gobierno Foral”<sup>20</sup>), equivalente, salvadas otras diferencias, a la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial.

## **5. LA CUANTIFICACIÓN DEL PORCENTAJE Y EL PLAZO PARA FIJARLO**

A) En cuanto al porcentaje mínimo de la reserva, en el caso de la Administración General del Estado (en precepto que no tiene el carácter de legislación estatal básica –según indica la DF Primera, punto 3, de la Ley–), la Ley dispone que será fijado por el Consejo de Ministros, pero que, si en el plazo máximo de un año de la entrada en vigor no lo hace, entonces los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el 7 % y se incrementará al 10%, a los cuatro años de su entrada en vigor (que, como entró en vigor en 2018, se producirá en 2022), sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios con los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la misma, celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.

Pero no se precisa el porcentaje concreto para la Administración de las Comunidades Autónomas y para las Entidades locales.

a) Al incidir sobre una cuestión no calificada como legislación básica estatal, hay que estar, en principio, a la legislación propia de las Comunidades Autónomas aprobada para su Administración y para entidades administrativas institucionales y corporativas dependientes de la misma o que actúan bajo su ámbito, así como a la legislación de desarrollo que haya podido adoptar tal Comunidad Autónoma respecto de la legislación básica estatal, en relación con la Administración local de su ámbito territorial.

El ejemplo de lo anterior lo tenemos, en el caso de la Comunidad Foral de Navarra, en su Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos, que ha fijado el porcentaje actual del 6% como mínimo, del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (art. 36.4).

Mediante norma con rango de Ley, también lo ha acometido Castilla-La Mancha, a través de la Ley 7/2017, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018 (DA 16.<sup>a</sup>), que fija que el importe global de los contratos reservados será como mínimo del 8 por ciento del presupuesto total adjudicado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, en las áreas de actividad que se determinen. Y

ya las áreas de actividad susceptibles de esta reserva y las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento son las previstas en el Acuerdo de su Consejo de Gobierno de 20 de diciembre de 2016, sin perjuicio de su posible modificación por dicho órgano, a propuesta de la Consejería competente en materia de hacienda.

E, igualmente, Andalucía, mediante su Ley 4/2017, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía (art. 76), que dispone que los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales reservarán la adjudicación de un porcentaje de, al menos un 5% del importe total anual de su contratación destinada a las actividades que se determinen, a centros especiales de empleo, siempre que su actividad tenga relación directa con el objeto del contrato. Y añade que, a través de Acuerdo del Consejo de Gobierno, se determinarán las condiciones en que se efectuará dicha reserva.

b) Pero, si en virtud de lo anterior, no se llega a ningún porcentaje y plazo concreto, cabe interpretar que, al no marcarlo la Ley 9/2017, esta deja libertad tanto a las Comunidades Autónomas respecto de su Administración, por un lado, como a las Entidades locales respecto de sí misma y de sus entidades instrumentales, por otro.

α) En el caso de las Comunidades Autónomas, en la Comunidad Valenciana, sobre la base de la regulación de los contratos reservados en el RD Legislativo 3/2011 y ya vigente la Directiva 2014/24/UE, en el Acuerdo de 27 de marzo de 2015, del Consell, se fijó que los contratos reservados representarían “en cómputo anual, al menos, el 3 % del número de contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, en cada una de las consellerias en que se estructura el Consell, así como en cada una de las entidades del sector público dependientes de la Generalitat”, con el deber de informarse motivadamente en el caso de que no se lograra alcanzar dicha cifra (punto Quinto.3 del Acuerdo).

Y, en la Comunidad de Madrid, se ha establecido mediante el Acuerdo de 3 de mayo de 2018 de su Consejo de Gobierno, que incluye una reserva a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a las Empresas de Inserción, mínima del 8 % del presupuesto total de los contratos adjudicados por la Comunidad de Madrid que figuran en el anexo I del Acuerdo, en cómputo global anual y tomando como referencia el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior. Y añade que este porcentaje se incrementará hasta un 10 por 100 a los cuatro años de la entrada en vigor de este Acuerdo.

β) En cuanto a las entidades locales, un Ayuntamiento de municipio con régimen especial, como es el de Madrid (Ley 22/2006, de capitalidad y régimen especial de Madrid), en el Acuerdo adoptado por su Junta de Gobierno Local al respecto, de 17 de enero de 2019, teniendo en cuenta la aprobación del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para 2019, ha fijado, como porcentaje mínimo de reserva para 2019, un 2%, calculado sobre los importes de adjudicación de la anualidad correspondiente al año 2018 del conjunto de contratos de suministros y servicios con los códigos CPV incluidos en el Anexo VI de la Ley 9/2017, celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y las entidades del sector público municipal (punto Segundo)[21](#)).

Y, en un municipio no sometido al régimen de grandes poblaciones, como es Benavente, el Acuerdo de su Pleno de 31 de julio de 2017, por el que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los

centros especiales de empleo y empresas de inserción, dice que “los contratos reservados representaran, en cómputo global anual, el 1% de porcentaje mínimo del presupuesto total adjudicado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior y para actividades que por su naturaleza sean susceptibles de reserva a este tipo de centros y empresas, atendiendo a los objetos contractuales, dependiendo de la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los Centros Especiales de Empleo o empresas de inserción” (punto Segundo). Y, en el caso de contratos plurianuales, el importe correspondiente a cada anualidad será el que computará a efectos de la reserva de cada año (punto Tercero)[22](#)).

En el caso de las provincias, el ya citado Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Provincia y Territorio Histórico de Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2018, por el que se aprueban las instrucciones sobre los contratos reservados, establece que el importe de los contratos reservados será, como mínimo, de un 4/% del importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la Ley 9/2017, celebrados en el ejercicio anterior por la Diputación Foral de Gipuzkoa[23](#)). Pero se precisa que será, en la norma foral de presupuestos para el Territorio Histórico, donde se fijará el importe económico mínimo anual destinado a los contratos reservados y se reflejará el porcentaje destinado a dichos contratos[24](#)).

c) No obstante, también cabría –a nuestro entender– la interpretación de que, en defecto de normativa propia de la Comunidad Autónoma en cuestión para sus Administraciones y para la Administración local de su ámbito territorial, sería aplicable supletoriamente, en último término, lo establecido por la legislación estatal no básica para su propia Administración General del Estado y entidades instrumentales de la misma.

Lo que ocurre es que, en este último caso, como ha declarado la jurisprudencia constitucional, no puede ser el legislador estatal quien imponga su normativa como supletoria, sino que queda en manos del operador jurídico de la correspondiente Administración distinta de la Administración General del Estado invocar la legislación estatal citada como aplicable supletoriamente (SSTC 147/1991, FJ 7.º; 118/1996; 61/1997; y 109/2004, entre otras).

Y, por otro lado, no podemos olvidar que, según la jurisprudencia del TS, a la normativa reguladora de los entes locales sobre una materia (en parte, legislación básica estatal y, en parte, legislación de desarrollo de la Comunidad autónoma), a falta de precepto específico que regule la cuestión, puede ser aplicable como Derecho supletorio de primer grado (o sea, en primer lugar) el que dicte cada Comunidad Autónoma para regular la correspondiente materia sobre la que ostente competencias en relación con su propia Administración autonómica, si así se recoge en la normativa autonómica en cuestión; lo que supone considerar el Derecho estatal que no sea legislación básica como Derecho supletorio de segundo grado[25](#)).

B) Y, en lo atinente al plazo para establecerse la reserva por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, son predicables los mismos razonamientos anteriores que acabamos de exponer.

Se ha planteado, en este punto, si es posible que las Entidades locales establezcan reservas concretas de contratos, antes de haberse adoptado el acuerdo global de reserva previsto en el punto 1 de la Disposición Adicional de referencia.

Sobre esto último, ya habido pronunciamientos favorables, como el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Informe 19/2018<sup>26</sup>), que ha recibido apoyos al respecto de la doctrina científica<sup>27</sup>).

## **6. TIPOS DE CONTRATOS AFECTADOS POR LA RESERVA**

A) La Disposición Adicional de referencia circunscribe la reserva para la Administración General del Estado a los contratos de servicios y suministros que poseen el código CPV del Anexo VI de la ley contractual pública, en un apartado que no está calificado como legislación estatal básica y que, por lo tanto, tiene la consideración de precepto previsto, en principio, solo para la Administración General del Estado y sus entes instrumentales.

Se trata, en concreto, de los siguientes contratos, con los códigos específicos precisados:

a) Dentro de los contratos de servicios: Servicios de Limpieza; Servicio de recogida y reciclaje; Servicios forestales; Servicios de lavandería; Servicio de Hostelería y Catering; Servicios de transporte; Servicios de imprenta; Servicios Sociales; Servicios de almacenamiento y reparto; Servicios de hospedaje y turismo rural; Servicios de trabajos administrativos; Servicios de gestión y trabajos auxiliares; Servicios de correo y publicidad; y Servicios de mantenimiento y reparación.

b) Y, dentro de los contratos de suministro: Producción y Venta de plantas de temporada, de compost, de planta y arbusto, de mobiliario de jardín [...]; Producción y Venta de jabones de mano; Producción y Venta de herramientas de cocina de madera; Producción y Venta de mobiliario de carpintería; Venta y distribución; Artículos para eventos; y Regalos y obsequios de empresa.

B) ¿Qué ocurre entonces en el caso de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales?

Ya habido algún autor que se ha pronunciado a favor de la total libertad de estas Administraciones para aplicar las reservas a estos contratos y a otros no mencionados en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2017, sin limitación de ninguna clase, incluidos los contratos de obras<sup>28</sup>).

Por nuestra parte, consideramos aplicables aquí, de nuevo, los razonamientos expuestos en el apartado anterior. Es decir, que cabe la interpretación de que se deja libertad tanto a las Comunidades Autónomas respecto de su Administración, por un lado, como a las Entidades locales respecto de sí misma y de sus entidades instrumentales, por otro. Pero, que también cabría la interpretación de que, en defecto de normativa propia de la Comunidad Autónoma en cuestión para sus Administraciones y para la Administración local de su ámbito territorial, es aplicable supletoriamente lo establecido por la legislación estatal no básica para su propia Administración General del Estado y entidades instrumentales de la misma. Y, en el caso de los entes locales, que cabe aplicar, asimismo, como normativa supletoria de primer grado la establecida por la Comunidad Autónoma para su Administración propia y para las demás Administraciones bajo su ámbito de aplicación.

Un ejemplo de ejercicio libre de aplicación por las Comunidades Autónomas de las reservas a los contratos previstos para la Administración General del Estado y a otros no

mencionados en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2017, lo tenemos en la Ley Foral de Navarra 2/2018, de Contratos Públicos, que incluye, como contratos susceptibles de la reserva en estudio, los contratos de servicios, obras, suministros y concesión de servicios (art. 36.1).

En la Comunidad Valenciana, sobre la base de la regulación de los contratos reservados en el RD. Legislativo 3/2011 y ya vigente la Directiva 2014/24/UE, en el Acuerdo de 27 de marzo de 2015, del Consell, se incluyeron contratos de obras, de servicios y de suministros. Pues, se estableció que los objetos contractuales susceptibles de reserva eran “las obras de conservación y los servicios de mantenimiento y conservación de bienes inmuebles, los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, artes gráficas, limpieza y lavandería, restauración, recogida y transporte de residuos, hostelería, servicios sociales, logística, hospedaje y turismo rural, así como los servicios y los suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración” (punto Quinto.2.d del Acuerdo).

Pero también se estableció en dicho Acuerdo la restricción de la reserva a aquellos contratos que se adjudicasen como contrato menor o por procedimiento negociado en razón de la cuantía (punto Quinto.2.c del Acuerdo).

El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, con régimen especial, de Madrid (Ley 22/2006, de capitalidad y régimen especial de Madrid), de 17 de enero de 2019, por el que se establecen las directrices para los contratos reservados, circunscribe, en principio la reserva a los contratos mencionados para la Administración General del Estado, en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, es decir al conjunto de contratos de suministros y servicios con los códigos CPV incluidos en el Anexo VI de la Ley 9/2017 (Acuerdo Primero), pero precisa después que ello tiene carácter enunciativo y no tasado y que los órganos de contratación podrán ampliar la reserva a cualesquiera otros objetos contractuales, dependiendo de la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o empresas de inserción (Acuerdo Cuarto)[29](#)).

Y se añade que la reserva mínima se podrá hacer efectiva a través de contrato menor; a través de Acuerdos Marco y contratos basados en ellos; y a través de los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados en la Ley 9/2017 (Acuerdo Tercero).

En el caso de las provincias, el ya citado Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Provincia y Territorio Histórico de Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2018 dice que es susceptible de reserva cualquier objeto contractual, sector de actividad y procedimiento de adjudicación, si bien, con carácter previo, se deberá cotejar si existen empresas de inserción o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social que realicen o se dediquen a la actividad objeto del contrato[30](#)).

## **7. EMPRESAS CONTRATISTAS QUE PUEDEN PARTICIPAR EN LOS CONTRATOS OBJETO DE ESTA RESERVA**

La Disposición Adicional Cuarta prevé la reserva para los denominados “Centros Especiales de Empleo” que sean “de iniciativa social” y para las denominadas “Empresas de Inserción”.

A) En cuanto a los “Centros Especiales de Empleo”, son los regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y han de estar debidamente calificados y registrados con arreglo al Real Decreto 2273/1985, para lo que se exige que el 70% de su plantilla esté integrada por personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento y que su objetivo principal sea la de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y con la finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad<sup>31</sup>).

Pero, además, se establece el requisito adicional de que han de contar con “iniciativa social”. Y esto supone que han de reunir los siguientes requisitos: a) ser promovidos y participados, en más de un 50%, por entidades públicas o privadas, sin ánimo de lucro o con reconocido carácter social en sus Estatutos (ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social, otras entidades de la economía social, o incluso sociedades mercantiles que cumplan tales requisitos); y b) 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<sup>32</sup>).

Y, en la Ley Foral de Navarra 2/2018, de Contratos Públicos, se consideran, a efectos de dicha Ley, “centros especiales de empleo de iniciativa social” “aquellos participados o promovidos en más de un 90%, directamente por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro, sean asociaciones, fundaciones, u otro tipo de entidades de economía social, y que, en sus estatutos o acuerdos fundacionales se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad” (art. 36.1, segundo párrafo).

Tras haberse planteado la posible disconformidad de esta exigencia adicional de la iniciativa social con la Directivas Europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE, se ha pronunciado el Tribunal Central de Recursos Contractuales de España, en sus Resoluciones 777/2018, 860/2018 y 914/2018, en el sentido de que tal requisito adicional no contradice las citadas Directivas europeas y que, por ello, es plenamente exigible.

Pero, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, mediante Auto de 17 de julio de 2019 (Roj: ATSJ PV 299/2019), ha planteado al TJUE cuestión interpretativa sobre la misma cuestión, que está pendiente de resolver por el Tribunal Europeo.

Y, en las Conclusiones del Abogado General del citado Tribunal, emitidas el 29 de abril de 2021 (asunto C-598/19), se finaliza diciendo que “un requisito conforme al cual solo pueden participar en los procedimientos de adjudicación de contratos reservados los operadores económicos que sean entidades sin ánimo de lucro o estén participados, total o parcialmente, por entidades de esta naturaleza parece, a primera vista, ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de favorecer la integración social y profesional de las personas discapacitadas y desfavorecidas”. Y se añade que “una exclusión intencionada de un amplio segmento de los operadores económicos por razones que no guarden relación con el objetivo legítimo de favorecer la integración social y profesional de las personas discapacitadas o desfavorecidas parece, a primera vista,

constituir una restricción artificial de la competencia”; lo cual entra en colisión con lo establecido en el art. 18, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24.

B) En cuanto a las “Empresas de Inserción”, son las reguladas por la Ley 44/2007, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, o por la legislación autonómica, que cumplen los requisitos de tal Ley y que están registradas como tales conforme a la legislación citada.

Los requisitos básicos exigidos por dicha Ley son: a) que sea una sociedad mercantil promovida, al menos en un 51%, por entidades sin ánimo de lucro o que sea una sociedad cooperativa, en ambos casos legalmente constituidas y debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia que realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios; b) que tengan por objeto social la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario; y c) que tengan un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción de al menos el 30% durante los primeros tres años de actividad y de al menos el 50% del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquellos inferior a dos<sup>33</sup>).

C) Y se ha suscitado la duda de si, en estos contratos reservados, pueden licitar Uniones Temporales de Empresas (UTEs).

Una Unión Temporal de Empresas (UTE), como ha precisado el Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados, es “un sistema de colaboración que surge como consecuencia de un contrato asociativo, de carácter temporal, para la ejecución de un contrato, dando lugar a una organización distinta de la de sus miembros, pero sin personalidad jurídica propia o diferenciada. Se trata, por lo tanto, de una asociación de empresarios que —manteniendo su independencia jurídica, y siendo sus miembros los que asumen la condición de contratistas— disponen durante la vigencia del contrato de una estrategia de dirección unitaria para su ejecución, a la que no podrían hacer frente de manera individualizada”<sup>34</sup>).

Así pues, al no ostentar personalidad jurídica propia, “los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión, y no a la misma”. Esto es lo que consigna el art. 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, que sigue vigente en tanto en cuanto no entre en colisión con la Ley 9/2017.

Por ello, como concluye el Informe indicado, el carácter de Centro Especial de Empleo (de iniciativa social –apostillamos nosotros– por requerirlo expresamente la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>) o de Empresa de Inserción exigidos por la legislación aplicable “debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una UTE, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud, en el sentido de título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43LCSP” (Ley 30/2007, que hoy está prácticamente reproducido por el art. 65.2 de la vigente Ley 9/2017 –añadimos nosotros–).

Puesto que, a su vez, subrayamos nosotros, es causa de nulidad de derecho administrativo del contrato “la falta de capacidad de obrar [...] o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”, según establece el art. 39 de la referida Ley 9/2017.

A lo que añade el citado Informe que dicha conclusión “es además coherente con la excepcionalidad de la reserva social de contratos, fundada en el interés colectivo o fin público que satisface, única y exclusiva razón que la legitima y fundamenta y, como tal, debe interpretarse de forma restrictiva”, como ya señaló, en su día, el Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Pues, debemos recordar, por nuestra parte, que el Derecho ordinario viene regido por el principio de libre competencia y concurrencia y la reserva en cuestión constituye una excepción (y en este sentido es Derecho excepcional), aunque justificada, a tal principio de Derecho Ordinario. Y, en este sentido, debe aplicarse el art. 4.2 del Código Civil que las normas excepcionales “no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos a los comprendidos expresamente en ellas”, en criterio que ha sido aplicado hasta por la jurisprudencia constitucional (véase la STC 55/1990, FJ 4).

La conclusión es que solo cabe una UTE ante estas reservas, si las empresas asociadas poseen todas ellas la condición de Centro Especial de Empleo (y además de iniciativa social) o de Empresa de Inserción que cumplan con los requisitos de su normativa propia.

## **8. ASPECTOS PROCEDIMENTALES**

Se exige que figure la condición de contrato reservado de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017, en el anuncio de licitación (punto 2 de la misma). Y ello es extensible, lógicamente, al pliego de cláusulas administrativas particulares.

Así, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable<sup>35</sup>, con la finalidad de guiar a los órganos de contratación del sector público estatal, dispone (en su punto Quinto) que dicho Plan fomenta “el uso por parte de los órganos de contratación de todas las medidas que prevé la Ley 9/2017 en esta materia, tanto en la redacción de los pliegos, como en la sustanciación del procedimiento de licitación, como en la fase de ejecución del contrato correspondiente”.

Después, bajo la rúbrica “Inclusión de consideraciones sociales en los pliegos”, dice que “los órganos de contratación definirán en los pliegos el objeto del contrato teniendo en cuenta las consideraciones sociales [...]” (punto Séptimo, apartado 2). Como, igualmente, añade que el pliego señalará el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información sobre obligaciones de carácter social o laboral (punto Séptimo, apartado 3).

Y, por otro lado, dicho Acuerdo incluye que “los órganos de contratación incorporarán en los pliegos al menos una de las condiciones especiales de ejecución de las listadas en el artículo 202.2, tercer párrafo, de la Ley 9/2017”, es decir: a) el establecimiento de penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución; b) la atribución a dichas condiciones especiales de ejecución del carácter de obligaciones

contractuales esenciales a los efectos de ser considerado su incumplimiento como causa de resolución; y c) o la consideración del incumplimiento como infracción grave, con generación de prohibición legal de contratar, cuando no se tipifique como causa de resolución del contrato.

En la DA 48.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017, se añade la previsión de que no es necesaria la aportación de garantía definitiva, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente (punto 3 de la misma).

En cuanto al resto, como se ha resaltado en la doctrina, se aplicarán las normas procedimentales generales<sup>36</sup>.

## **9. CONDICIONES MÍNIMAS DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA RESERVA Y LA PROBLEMÁTICA DE LA INCIDENCIA EN SU EFICACIA DE LA SUBROGACIÓN OBLIGATORIA DEL PERSONAL DE EMPRESAS CONTRATISTAS ANTERIORES**

A) Ante la falta de precisión por la Ley del contenido de las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de la reserva, parece clara la libertad, en principio, por parte de las Administraciones territoriales de referencia en su establecimiento.

El Acuerdo 44/2016, de 16 de julio, de la Junta de Castilla y León lo ha traducido en aspectos organizativos y en la determinación de las áreas sobre las cuales debe operar la reserva de los contratos o las cuantías de ellos.

Y, en la doctrina científica, se ha añadido que también cabe incluir medidas coercitivas para el caso de incumplimiento<sup>37</sup>.

En Navarra, la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos, ha establecido, como garantía para su cumplimiento, que “todas las entidades sometidas a esta ley foral deberán fijar y publicar las condiciones para alcanzar el cumplimiento del 6% de reserva con los contratos que prevean adjudicar cada ejercicio y previo análisis de la posibilidad de reservar dividiendo en lotes”; con obligación, para el caso en que se prevea no poder alcanzarlo, de “establecer las alternativas para conseguir los fines propios de estas reservas” (art. 36.5).

Además, impone a todas las entidades que forman parte del sector público foral el deber de “publicar con carácter anual el listado y el importe total de los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción” (art. 36.10).

Y, asimismo, incluye la prohibición de un porcentaje de subcontratación del contratista a empresas ordinarias superior al 20% del precio del contrato (art. 36.9).

En el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, con régimen especial, de Madrid, de 17 de enero de 2019, se establece como mecanismo garantizador que “el titular del Área de Gobierno de Economía y Hacienda comunicará a la Junta de Gobierno [...] los datos relativos al cumplimiento del porcentaje mínimo de reserva y se publicará en la memoria de contratos anual del Ayuntamiento de Madrid” (punto Quinto)<sup>38</sup>.

En el caso de las provincias, el ya citado Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral de la Provincia y Territorio Histórico de Guipúzcoa, de 15 de mayo de 2018, dice que “los departamentos de la Diputación Foral incorporarán en la propuesta anual de presupuesto los contratos susceptibles de reserva que sean objeto de licitación en el ejercicio siguiente. En base a las previsiones de las propuestas anuales de presupuesto efectuadas, en la norma foral de presupuestos para el Territorio Histórico [...], se fijará el importe económico mínimo destinado a los contratos reservados”[39](#)). Y, por otro lado, se dispone que la Secretaría Técnica de cada departamento, antes del 1 de marzo de cada ejercicio, deberá remitir al Departamento competente en esta materia “la información relativa a los contratos reservados del ejercicio anterior, debiendo especificar el importe total adjudicado a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción y el importe global de los contratos de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI de la nueva Ley 9/2017”; previendo, además, que “con dicha información se redactará una memoria en la que se recogerá si se ha cumplido el porcentaje mínimo de reserva, del que se dará cuenta al Consejo de Gobierno Foral”[40](#)).

B) En íntima relación con la garantía del cumplimiento de la reserva y la eficacia de la misma, se manifiesta la problemática planteada por la existencia de supuestos en los que es obligatoria la subrogación por la empresa actual adjudicataria del contrato del personal de las empresas contratistas anteriores.

Así se ha declarado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7821), que, cuando la anterior empresa contratista era una empresa ordinaria y no de las beneficiarias de las reservas contractuales como las que estamos analizando, si según su convenio, rige la obligación de subrogación, esta tiene que producirse necesariamente, aunque la nueva empresa contratista sea una de las beneficiarias de las citadas reservas contractuales.

Y lo mismo ocurre cuando el anterior contratista es una empresa beneficiaria de la reserva contractual que venimos estudiando y el nuevo contrato no está cubierto por reserva alguna y es adjudicado a una empresa ordinaria; de tal modo que, en dicho caso, tal empresa ordinaria habrá de subrogarse, igualmente, como empleadora de personas con discapacidad, según recoge, asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias Sentencias de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1463); (RJ 2013, 1464) y (RJ 2013, 2392), ya que lo contrario vulneraría el principio de estabilidad en el empleo y generaría un trato discriminatorio en perjuicio de los trabajadores discapacitados.

Aunque también se ha venido a precisar que no opera de modo imperativo la subrogación de referencia cuando el trabajador en cuestión continúa prestando servicios para la misma empresa anterior y no se le ha notificado subrogación alguna y cuando en la realidad no sea impuesta la subrogación por el Convenio aplicable (STS, Sala Social, 565/2016, de 28 de junio [RJ 2016, 3953], FJ 2).

En cualquier caso, a la vista de esta problemática, que puede distorsionar la eficacia de la reserva en estudio, la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), en su Guía arriba citada[41](#)), resalta que no es oportuno establecer reserva contractual de las que venimos estudiando, cuando la actividad objeto del contrato venga siendo prestada por empresa ordinaria y exista obligación de subrogación. Y, por eso, recomienda que la reserva se realice cuando el contrato venga siendo ejecutado por empresas beneficiarias de este tipo de contratos reservados o en sectores en los que no

hay obligación de subrogación del personal de empresas contratistas anteriores. En otro caso, propugna que la reserva se establezca sobre nuevos servicios o sobre actividades que impliquen contratar más personal a corto y a medio plazo.

### **III. LA RESERVA DE CONTRATOS PARA SERVICIOS DE CARÁCTER SOCIAL, CULTURAL Y DE SALUD ENUMERADOS EN LA DA 48.<sup>a</sup> DE LA LEY 9/2017. PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS EN SU APLICACIÓN**

#### **1. FINALIDAD Y ESENCIA DE LA RESERVA**

Se orienta claramente al fomento de la contratación de entidades de tipo cooperativo, que se caractericen por la participación de sus miembros, sus trabajadores o de los usuarios de su actividad y con fines no eminentemente lucrativos (por la previsión de la distribución o redistribución de sus beneficios con arreglo a criterios de participación), en contratos para la gestión de determinados servicios públicos (por eso, se exige que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público), de carácter social, cultural y de salud, especificados con sus códigos CPV, en la propia Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>.

#### **2. CARÁCTER POTESTATIVO DE LA RESERVA**

El citado carácter facultativo de la reserva se deduce de los términos utilizados en la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017, puesto que simplemente dice que los órganos a que se refiere “podrán reservar”, a diferencia de lo prescrito en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, donde se incluye la frase “se fijarán porcentajes mínimos de reserva”.

No se habla aquí de fijación de un porcentaje y de unas condiciones mínimas de garantía de su cumplimiento, como en el caso de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, pero analizaremos en puntos sucesivos tales cuestiones, en el presente caso.

#### **3. LAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE LA RESERVA: LA QUE AFECTA AL DERECHO A PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN; LA QUE AFECTA A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO; Y LA QUE SE CIRCUNSCRIBE A LOTES DE ESTE**

A) La Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> solo hace referencia a la reserva del derecho de determinadas empresas a participar en el proceso licitatorio, o sea a ser licitadores y posibles adjudicatarios del contrato.

B) En cuanto a su aplicación a lotes del contrato, como hemos visto, al analizar el supuesto de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley de referencia, supone que la reserva no tiene que girar necesariamente sobre la totalidad del contrato, sino sobre determinadas partes del mismo.

En el presente caso, no lo consigna expresamente la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> que estamos estudiando (a diferencia con lo que sí hace la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>), pero lo incluye explícitamente el art. 99.4, párrafo 7, de la Ley 9/2017.

Y, de nuevo, cabe recordar, aquí, que la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), en su “Guía” sobre los contratos de referencia, ha propuesto que las reservas se efectúen, primordialmente, en lotes, dado que así se hace más fácil la aplicación de una reserva como la presente y se expande el número de posibles licitadores<sup>42</sup>).

C) No hay mención alguna de una eventual reserva a la ejecución del contrato, es decir a contratos en cuyos pliegos se obligue al contratista a subcontratar con las empresas que reúnan las condiciones exigidas por la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>, que veremos infra. Pero, entendemos que es posible en virtud del argumento interpretativo “a fortiori” (con mayor razón), del tipo “a maiore ad minus” (si está permitido lo más está permitido lo menos, o si no está permitido lo más no está permitido lo menos)<sup>43</sup>), pues si la Ley habilita aquí a las Administraciones para establecer, de modo facultativo y por tanto discrecional, una reserva del derecho a la participación en tales contratos de las entidades que cumplan los requisitos en ella enumerados, que es lo más, les está habilitando implícitamente para incluir una reserva simplemente de la ejecución, que no limita el derecho a participar en el procedimiento contractual, pero que obliga al adjudicatario a subcontratar empresas que reúnan las condiciones exigidas por la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>.

#### **4. ¿QUÉ PODERES ADJUDICADORES PUEDEN ESTABLECER ESTA RESERVA Y QUÉ ÓRGANOS DE LOS MISMOS SON COMPETENTES PARA FIJAR EL PORCENTAJE MÍNIMO DE LA RESERVA Y LA GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA MISMA?**

A) A diferencia de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017, que se refiere expresamente a la Administración General del Estado, a la Administración de las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales (o sea a los tres tipos de Administraciones territoriales), como poderes adjudicadores cuyos órganos competentes han de adoptar los acuerdos sobre porcentajes mínimos de reserva, sin perjuicio de que tales acuerdos puedan afectar a otros poderes adjudicadores que sean entidades institucionales e incluso corporativas con vinculación a las tres Administraciones territoriales citadas o bajo la dependencia o el ámbito de influencia de las mismas, la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>, cuya reserva ahora escudriñamos, alude (en su punto 1) a todos los poderes adjudicadores, sin distinción; de modo que cabe entenderse que cualquiera de los mismos puede establecer facultativamente la reserva en estudio.

Y, en este sentido, pueden acordar tal reserva no solo las Administraciones territoriales, sino los entes de la Administración institucional considerados poder adjudicador por la Ley 9/2017 (como los Organismos Autónomos o los Consorcios de carácter administrativo); las Corporaciones de Derecho Público que puedan cumplir con los requisitos exigidos para poder ser poder adjudicador (que, como dispone el art. 3.5 de la Ley 9/2017, son los del art. 3.3.d. de la misma, que decíamos que no cumplían las Corporaciones de Derecho Público con base privada, como los Colegios profesionales, pero sí las Corporaciones de Derecho Público sin base privada, como las Reales Academias o el Instituto de España); y otros poderes adjudicadores distintos de los anteriores (como las Fundaciones del Sector público, explícitamente mencionadas por el art. 3.b de la Ley 9/2017 como poder adjudicador).

B) En lo atinente a los órganos de dichos poderes adjudicadores que pueden acordar tal reserva, indica expresamente la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> que son “los órganos de contratación” de los mismos.

Recordemos que los órganos de contratación en la Administración General del Estado son los Ministros y Secretarios de Estado (art. 323.1 de la Ley 9/2017). En la Administración Instrumental de la Administración General del Estado, son los Presidentes o Directores de la misma, según sus normas estatutarias (art. 323.2 de la Ley 9/2017). Y, en la Seguridad Social, los Directores Generales de sus entidades gestoras y servicios comunes (art. 323.2 de la Ley 9/2017). Si bien, no obstante, se exige autorización del Consejo de Ministros, cuando se llegue a determinadas cuantías o supuestos fijados en la Ley (art. 324).

En la Administración Local, los órganos de contratación son el Alcalde o Presidente de la corporación (DA 2.<sup>a</sup>, punto 1), en los contratos señalados en tal Disposición Adicional y hasta determinado límite (actualmente, que el importe del contrato no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto de la entidad ni 6 millones de euros, IVA incluido, y que, en los contratos plurianuales, no excedan de cuatro años o no se supere acumulativamente aquellas cuantías) y, por encima de ese límite, el Pleno (DA 2.<sup>a</sup>, punto 2). En los municipios de las grandes poblaciones, el órgano de contratación es, en cualquier caso, la Junta de Gobierno Local (DA 2.<sup>a</sup>, punto 4).

Y, en la Administración de las Comunicaciones Autónomas, habrá que estar a sus Ordenamientos respectivos, pero la regla general es que sea el Consejero correspondiente (véase, por ejemplo, el art. 28.1 de la Ley 5/1983, del Consell o Gobierno Valenciano), con exigencia de autorización del Consejo de Gobierno, cuando se alcancen determinados límites fijados en su legislación.

Ahora bien, si se ha centralizado la contratación, como es posible en los contratos de obras, servicios y suministros, para racionalizar la contratación y economizar los costes, el órgano de contratación será el órgano de contratación centralizada existente en las Administraciones citadas (llamado ordinariamente Junta de Contratación, como regulan los arts. 323, puntos 1 y 4, y DA 2.<sup>a</sup>, punto 5, de la Ley 9/2017; en la Comunidad Valenciana, la “Central de Compras de la Generalitat”, regulada en los arts. 18 y ss. del Decreto 35/2018 del Consell).

En el caso de los entes institucionales instrumentales de los entes locales que puedan ser poderes adjudicadores (como es el caso de los Organismos Autónomos), el órgano de contratación será el previsto en sus Estatutos de creación aprobados por el Pleno de la Entidad Local. Esto es lo que se deriva del art. 85 bis, punto 1 y 2 (en este último número, por la referencia especial de la letra e, de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local). Dicho precepto contempla un máximo órgano de dirección unipersonal del Organismo (punto 1.b) y un consejo rector, cuya composición se determinará en sus Estatutos (punto 1.c), claramente órgano colegiado. Pero, expresamente, se prevé, que será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquella (punto 1.h).

En este sentido, entendemos que, en el caso de los Organismos Autónomos instrumentales de los entes locales, la fijación de la reserva potestativa de la Disposición

Adicional 48.<sup>a</sup> corresponderá, en principio, al órgano de contratación del mismo previsto en sus Estatutos, pero teniendo en cuenta las limitaciones derivadas de las cuantías fijadas por la entidad local matriz, que pueden determinar la necesaria autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos.

En el caso de los Consorcios adscritos a una Administración Local, entendemos que el órgano de contratación será el fijado en sus Estatutos, pues el art. 124, letra c, de la Ley 40/2015, dispone que serán tales Estatutos quienes, además de determinar la Administración pública a la que estén adscritos, establecerán los órganos de gobierno y administración del Consorcio. Y, en tal sentido, la aprobación de la reserva potestativa de la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> corresponderá, en principio, al órgano de contratación del mismo previsto en sus Estatutos, pero teniendo en cuenta las limitaciones derivadas de las cuantías fijadas por la entidad local matriz, que pueden determinar la necesaria autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, por analogía con lo dispuesto en el art. 85.bis, punto 1.h, de la Ley 7/1985 y con lo previsto, en la misma línea, en el art. 324 de la Ley 9/2017, para el ámbito de la Administración General del Estado.

## **5. LA CUANTIFICACIÓN DEL PORCENTAJE Y EL PLAZO PARA FIJARLO**

Dada la libertad que se establece, en relación con esta reserva, a los poderes adjudicadores, tampoco existe un porcentaje mínimo de la reserva y un plazo para fijarlo (a diferencia con lo que hemos visto que ocurría en relación con la reserva de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, en el ámbito de la Administración General del Estado). El porcentaje que se establezca será libre y no existe un plazo para adoptar la reserva.

## **6. TIPOS DE CONTRATOS AFECTADOS POR LA RESERVA**

La Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> centra la reserva para todos los poderes adjudicadores en los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV de la ley contractual pública, con los códigos CPV especificados en la propia Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>.

Son los siguientes, con las especificaciones derivadas de los respectivos códigos: a) servicios sociales y de salud y servicios conexos; b) servicios administrativos, sociales, educativos, sanitarios y culturales; c) servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; d) servicios de prestaciones sociales; e) otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otros servicios prestados por asociaciones; f) servicios religiosos; y g) servicios de hostelería y restaurante.

Una condición que se establece, por un lado, es que la duración máxima del contrato que se adjudique no exceda de tres años (punto 3 de la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>).

Y otra condición consiste en que el poder adjudicador de referencia no haya adjudicado al contratista de este tipo de reservas un contrato para los servicios en cuestión, en los tres años precedentes, si ha sido obtenido, precisamente, como consecuencia de este tipo de reservas (punto 2, letra d, de la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>).

En relación con estas condiciones, ha destacado la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), en su “Guía” sobre este tipo de reservas, que lo anterior no impide a una empresa adjudicataria sobre este tipo de contratos reservados durante los tres últimos años, presentarse a una nueva licitación, transcurrido el período anterior, si el nuevo contrato no está calificado como reservado, al amparo de esta reserva<sup>44</sup>.

## **7. EMPRESAS CONTRATISTAS QUE PUEDEN PARTICIPAR EN LOS CONTRATOS OBJETO DE ESTA RESERVA**

A) Ha de tratarse de empresas que cumplan, acumulativamente (–dice todos y cada uno–) los cuatro requisitos marcados en la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> (en su punto 2):

a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios indicados en la citada Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> (contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV de la ley contractual pública, con los códigos CPV especificados en la propia Disposición de referencia);

b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo indicado; 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 empresa 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; y

d) que el poder adjudicador en cuestión no haya adjudicado a la empresa un contrato para los servicios en cuestión con arreglo a este tipo de reservas en los tres años precedentes, al que ya nos hemos referido atrás.

B) No se han establecido restricciones en cuanto a la forma jurídico-organizativa utilizada (asociación, fundación, sociedad mercantil, sociedades laborales, etc.), de modo que puede ser usada cualquiera de ellas, con tal de que se cumplan los cuatro requisitos citados, como han destacado varias Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales de España (así, la 36/2019 y la 688/2019).

C) Y la cuestión de si pueden participar en este caso Uniones Temporales de Empresas (UTEs) puede contestarse de modo semejante a lo dicho en relación con la reserva de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, de manera que nos remitimos a lo allí expuesto, en lo que no especifiquemos aquí.

Para que pueda admitirse, todas y cada una de las empresas integradas en la UTE debe cumplirse en este caso con todas las condiciones del punto 2 de la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>, puesto que, parafraseando el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, “no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud, en el sentido de título habilitante”, que hoy exige el art. 65.2 de la vigente Ley 9/2017; habiendo de tenerse en cuenta, además, por nuestra parte, que es causa de nulidad de derecho administrativo del contrato “la falta de capacidad de obrar [...] o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de

la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”, según establece el art. 39 de la referida Ley 9/2017.

Y a ello se suma el carácter excepcional de la reserva en relación con la regla ordinaria de la libre competencia y concurrencia y, por ende, la necesidad de interpretación restrictiva de la norma excepcional, también destacado por el citado Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

## **8. ASPECTOS PROCEDIMENTALES**

Se requiere, al igual que en el caso de las reservas de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, que conste, en el anuncio de licitación del contrato, que se está ante un contrato reservado, en este caso de la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017 (punto 4 de la misma). Y, lo mismo que en el caso de las otras reservas citadas, ello es extensible al pliego de cláusulas administrativas particulares.

Ya hemos visto atrás que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable<sup>45</sup>, con la finalidad de guiar a los órganos de contratación del sector público estatal, afirma (en su punto Quinto) que dicho Plan fomenta “el uso por parte de los órganos de contratación de todas las medidas que prevé la Ley 9/2017 en esta materia, tanto en la redacción de los pliegos, como en la sustanciación del procedimiento de licitación, como en la fase de ejecución del contrato correspondiente”.

Y hemos mencionado también como, bajo la rúbrica “Inclusión de consideraciones sociales en los pliegos”, indica que “los órganos de contratación definirán en los pliegos el objeto del contrato teniendo en cuenta las consideraciones sociales [...]” (punto Séptimo, apartado 2). Como, asimismo, recoge que el pliego señalará el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información sobre obligaciones de carácter social o laboral (punto Séptimo, apartado 3).

En cuanto a la aportación de garantía definitiva, no dispone aquí la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup> la exclusión de la aportación de la misma, como regla general, susceptible de ser excepcionada de forma motivada, que establece la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> para sus reservas, pero eso no significa que no pueda ser excluida, pues, precisamente, prevé el art. 107.1 (párrafo segundo) de la Ley 9/2017 que, “atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, especialmente en el caso de [...] contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social [...]”.

Por eso, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 citado, para los órganos de contratación del sector público estatal, dispone (en su punto Séptimo, apartado 4) que “los órganos de contratación incluirán en los pliegos correspondientes [...] la exención de la garantía definitiva para los licitadores que resulten propuestos adjudicatarios de aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo

de exclusión social, salvo excepciones que habrán de justificar convenientemente en el expediente [...]”.

Y, por lo que se refiere al resto de aspectos procedimentales, serán de aplicación las normas procedimentales generales de la legislación contractual del sector público.

El referido Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 consigna (en su punto Sexto) que, “si bien tienen la consideración de ordinarios los procedimientos abiertos y restringidos, la adjudicación de contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV, entre los cuales se encuentran comprendidos los servicios sociales, se hará por procedimiento restringido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 131.2 de la Ley 9/2017”. Y añade que “el procedimiento de licitación con negociación previsto en el artículo 167 (de la Ley 9/2017) podrá utilizarse en relación con los contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio”.

## **9. CONDICIONES MÍNIMAS DE GARANTÍA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA RESERVA Y LA PROBLEMÁTICA DE LA INCIDENCIA EN SU EFICACIA DE LA SUBROGACIÓN OBLIGATORIA DEL PERSONAL DE EMPRESAS CONTRATISTAS ANTERIORES**

No se incluye aquí, en la Disposición Adicional 48.<sup>a</sup>, la previsión de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> según la cual el acuerdo que establezca la reserva debe recoger las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de la reserva, pero nada obsta a que se inserten condiciones de tal tipo, dado el carácter facultativo del establecimiento de la reserva que ahora analizamos y como una exigencia básica del principio de eficacia, orientado a la consecución efectiva de los objetivos marcados.

Y, en este sentido, cabe recordar, de nuevo, que dicho tipo de garantías se vienen traduciendo en aspectos organizativos y en la determinación de las áreas sobre las cuales debe operar la reserva de los contratos o las cuantías de ellos (como recoge el Acuerdo 44/2016, de 16 de julio, de la Junta de Castilla y León, atrás mencionado).

Como también hay que volver a traer a colación, aquí, el problema de la incidencia en la eficacia de estas reservas de la subrogación obligatoria del personal de empresas contratistas anteriores, respecto de lo cual hacemos remisión a lo expuesto en apartado correlativo anterior dedicado al análisis de las reservas contractuales de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 9/2017.

## **IV. SU REGULACIÓN EN PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO EUROPEO PRÓXIMO**

### **1. LOS CONTRATOS RESERVADOS EN ITALIA**

A) La reserva equivalente a la española de la DA 4.<sup>a</sup> de nuestra Ley, allí, está regulada en el art. 112 del Código de contratos públicos (Decreto Legislativo 2016, n.º 50), con dos posibles grupos de destinatarios.

El primero viene determinado por las cooperativas sociales (cooperative sociali) y sus agrupaciones (e loro consorzi) y otros operadores económicos (operatori economici) cuyo objeto sea la integración social y profesional de las personas con discapacidad (persone con disabilità) o en situación de desventaja (o svantaggiate)[46](#).

Y el segundo está compuesto por cualesquiera empresas (operatori economici) que utilicen, en la realización de las prestaciones objeto del contrato (segundo inciso del art. 112.1), en el contexto de programas de trabajo protegidos (nel contesto di programmi di lavoro protetti), al menos el 30% de trabajadores con discapacidad o de trabajadores en situación de desventaja (tercer inciso del art. 112.1).

Y, por otro lado, diferencia dos modalidades de reserva: a) una reserva de participación en el proceso de licitación (possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione), de modo que solo pueden participar en el procedimiento de licitación; y b) una reserva de ejecución del contrato (o possono riservarne l'esecuzione), en cuyo caso cualquier operador económico puede participar en el procedimiento licitatorio, pero con la condición de que la adjudicataria del contrato cumpla determinadas condiciones.

El Acuerdo de la Autoridad Nacional Anticorrupción n.º 207, de 1 de marzo de 2017, resalta que, en las reservas de participación, solo puede participar el primer grupo, pero, en las reservas de ejecución, pueden actuar los dos grupos de destinatarios, o sea no solo cualesquiera empresas (operatori economici) que utilicen, en la realización de las prestaciones objeto del contrato, en el contexto de programas de trabajo protegidos, al menos el 30% de trabajadores con discapacidad o de trabajadores en situación de desventaja, sino también las cooperativas sociales (cooperative sociali) y sus agrupaciones (e loro consorzi) y otras empresas (operatori economici) cuyo objeto sea la integración social y profesional de las personas con discapacidad o en situación de desventaja. Esta es la interpretación que se desprende de la literalidad del referido art. 112 del Código de contratos públicos, pero, en el texto de la Directiva de la Unión Europea, tan solo se contempla literalmente la reserva de ejecución al segundo grupo.

Otra cuestión que intenta precisar dicho Decreto Legislativo es quiénes quedan integrados en el colectivo de las personas con discapacidad, con invocación del art. 1 de la Ley de 12 de marzo de 1999, n.º 68, y quiénes se consideran personas en situación de desventaja, con referencia expresa al art. 4 de la Ley de 8 de noviembre de 1991, n.º 381, mencionando explícitamente a los sujetos con tratamiento psiquiátrico o que lo hayan recibido, los tóxico-dependientes, los alcohólicos, los menores en edad laboral con problemas familiares y los presidiarios o expresidarios.

B) Y la reserva similar a la prevista en la DA 48.<sup>a</sup> de nuestra Ley la encontramos en el art. 143 del Código de contratos públicos (Decreto Legislativo 2016, n.º 50). En tal precepto se dice que los poderes adjudicadores podrán reservar a las organizaciones que cumplan los requisitos del punto 2 del mismo precepto el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, exclusivamente para los servicios sanitarios, sociales y culturales a que se refiere el anexo XIV del Código, identificados con los códigos CPV que expresamente se enumeran.

Los requisitos que tienen que reunir, en su totalidad, las organizaciones destinatarias de tal reserva son: a) que tenga como objetivo estatutario la realización de una misión de

servicio público vinculada a la prestación de los servicios mencionados en el apartado 1 de este mismo precepto; b) que los beneficios de la organización se reinviertan para lograr el objetivo de la organización y, si las ganancias se distribuyen o redistribuyen, ello debe basarse en consideraciones participativas; c) que las estructuras de gestión o propiedad de la organización que ejecuta el contrato se basen en los principios de pertenencia del accionariado a los empleados o participantes, o requieran la participación activa de los empleados, usuarios o sujetos interesados; y d) que el poder adjudicador en cuestión no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los últimos tres años.

Además, a ello se añade la referencia explícita a que la duración máxima del contrato no puede superar los tres años y a que el anuncio de licitación ha de respetar lo establecido en tal precepto.

En relación con la limitación de los tres años, la Sentencia del Tribunal Administrativo Regional de Lombardía (n. 2277 30.10.2019, TAR Lombardia, Milano, Sez. IV) se ha pronunciado en el sentido de que el principio de rotación a que se refiere el art. 143.2, letra d, del Código citado no opera, si en los tres años anteriores se ha adjudicado al operador económico un procedimiento abierto, no reservado a las materias a que se refiere el artículo en cuestión; pues, si un operador económico no se ha beneficiado previamente de ninguna reserva para obtener la adjudicación, no hay razón para limitar su participación.

## **2. LOS CONTRATOS RESERVADOS EN FRANCIA**

En este País, están regulados en los arts. L2113-12 a L2113-16 del Código de contratos públicos (Code de la commande publique)[47](#)).

A) La reserva semejante a la recogida en la DA 4.<sup>a</sup> de la Ley española está contemplada, allí, en los arts. L2113-12 y L2113-13 del Código de contratos públicos, bajo la rúbrica “Reserva de contratos a operadores económicos que dan empleo a los trabajadores discapacitados (travailleurs handicapés) o en situación de desventaja social (travailleurs défavorisés)”, con dos diferentes sectores de posibles contratistas.

El primer grupo está integrado por las denominadas empresas adaptadas (entreprises adaptées –EA–), mencionadas en el art. L. 5213-13 del Código de Trabajo; las instituciones y servicios de apoyo al trabajo (établissements et services d’aide par le travail –ESAT–), mencionados en el art. L. 344-2 del Código de la Acción Social y Familiar; y las organizaciones equivalentes (structures équivalentes), que empleen una proporción mínima, garantizada por vía reglamentaria, que actualmente está fijada en un 50%[48](#)), de trabajadores con discapacidad (travailleurs handicapés) que, por la naturaleza de su discapacidad o la gravedad de la misma, no puedan ejercer una actividad profesional en las condiciones de normalidad.

En la “Guía sobre los aspectos sociales de los contratos públicos” (Guide sur les aspects sociaux de la commande publique) de 2018, se nos indica que las actuales EA (entreprises adaptées) son las sucesoras de los anteriores “talleres protegidos” (ateliers protégés); los actuales ESAT (établissements et services d’aide par le travail) son los sucesores de las anteriores CAT (Centres d’aide par le travail); y las organizaciones equivalentes (structures équivalentes) hacen referencia a las otras categorías jurídicas existentes en los

otros Estados miembros de la Unión Europea que den empleo a los trabajadores discapacitados en el porcentaje mínimo exigido<sup>49</sup>).

Y el segundo sector está determinado por “organizaciones de integración (social) a través de la actividad económica” (Structures d’Insertion par l’Activité Economique –SIAE–) a las que se alude en el art. L. 5132-4 del Código del Trabajo y por “organizaciones equivalentes”, cuando empleen una proporción mínima, garantizada por vía reglamentaria, que actualmente está fijada en un 50%<sup>50</sup>, de trabajadores en situación de desventaja social (travailleurs défavorisés).

En la citada Guía de 2018, se explica que las “organizaciones de integración (social) a través de la actividad económica” son empresas de integración (entreprises d’insertion), empresas de integración temporal (entreprises de travail temporaire d’insertion), asociaciones intermediarias (associations intermédiaires), y talleres y canteras de inserción (ateliers et chantiers d’insertion)<sup>51</sup>. Y se precisa que todas las SIAE deben suscribir un convenio con el Estado, cuyas cláusulas son informadas por órganos regionales y departamentales existentes en este ámbito, y que cuando, además, las personas contratadas son aprobadas por el centro de empleo (Pôle Emploi), pueden beneficiarse de las ayudas financieras del Estado<sup>52</sup>.

En una primera redacción del Código de Contratos públicos, se excluía que la reserva se realizase, a la vez, a los dos grupos de posibles adjudicatarios mencionados (o sea a organizaciones para discapacitados y organizaciones para trabajadores en situación de desventaja social)<sup>53</sup>, pero una modificación llevada a cabo en diciembre de 2020 recoge ya la admisión de una misma reserva a los dos sectores de posibles adjudicatarios<sup>54</sup>.

En ambos casos, se contempla que la reserva afecte a todo el contrato o simplemente a lotes del mismo<sup>55</sup>.

Y, para sendos casos, se dispone que el anuncio de licitación (l’avis d’appel à la concurrence) o, en ausencia de tal anuncio, la documentación de la convocatoria (les documents de la consultation), se remitirán a lo establecido en los art. L. 2113-12 o L. 2113-13, respectivamente<sup>56</sup>.

Por otro lado, la “Guía sobre los aspectos sociales de los contratos públicos” de 2018 nos recuerda que, según prevé el Código del Trabajo, en su artículo L. 5212-6, el adjudicatario del contrato reservado puede cumplir parcialmente con su obligación de empleo de trabajadores con discapacidad mediante diversas fórmulas entre las que se cita la subcontratación con empresas adaptadas (EA) o las instituciones y servicios de apoyo al trabajo (ESAT), computándose la proporción de suministro de trabajo a tales entidades en relación con la proporcionalidad mínima exigida, atrás citada, y teniendo en cuenta las reglas de equivalencia establecidas al efecto, en el artículo R. 5212-6 del Código del Trabajo<sup>57</sup>.

Como, asimismo, hace referencia la Guía de 2018 a la posibilidad de creación por los contratistas de Uniones Temporales de Empresas (Groupements momentanés d’entreprises –GME–), para obtener la adjudicación de un contrato al que no hubieran podido ofertar, si hubieran concurrido solas. Se contemplan dos modalidades: a) la Unión conjunta (le groupement conjoint), donde cada empresa es responsable de las prestaciones que debe realizar y solo de sus prestaciones; y b) la Unión solidaria (le groupement

solidaire), en la que todas las empresas responden solidariamente frente al cliente, por el total, tanto por incumplimiento como por mal cumplimiento de las prestaciones atribuidas a una de ellas. Y, en la Unión Temporal, pueden entrar las empresas clásicas (entreprises classiques), las empresas adaptadas (EA) o las instituciones y servicios de apoyo al trabajo (ESAT)[58](#).

B) La reserva equivalente a la prevista en la DA 48.<sup>a</sup> de nuestra Ley la hallamos aquí en el art. L2113-15 del Código de contratos públicos (Code de la commande publique), bajo el título “Reserva de contratos a empresas de economía social y solidaria (entreprises de l’économie sociale et solidaire)”.

Los contratos sobre los que puede recaer esta reserva son exclusivamente los que versan sobre los servicios sociales y otros servicios específicos que figuran en el listado adjunto al Código de contratos públicos[59](#).

Como también se vuelve a precisar que puede girar la reserva sobre todo el contrato o simplemente sobre determinados lotes de los mismos.

Los posibles adjudicatarios de los contratos de tales reservas son las empresas de economía social y solidaria definidas en el art. 1 de la Ley n.º 856, de 31 de julio de 2014, relativa a la economía social y solidaria, u organizaciones equivalentes (structures équivalentes), cuando tengan como finalidad asumir una misión de servicio público relacionada con la prestación de servicios mencionados en el citado listado.

Y, en la “Guía”, se especifica que con estas reservas se sigue la finalidad de reinsertar en el mundo laboral a personas muy alejadas del empleo, que podrán adquirir, gracias a la realización de los servicios objeto del contrato, competencias y habilidades útiles para una integración duradera en el empleo; con inclusión de los servicios vinculados a la rehabilitación y reinserción de delincuentes[60](#).

Se precisa que una empresa adjudicataria de un contrato objeto de esta reserva no puede obtener una nueva adjudicación del mismo tipo, en el transcurso de los tres años siguientes y que la duración de estos contratos reservados no puede ser superior a tres años[61](#).

Como, igualmente, se vuelve a indicar que el anuncio de licitación (l’avis d’appel à la concurrence) o, en ausencia de tal anuncio, la documentación de la convocatoria (les documents de la consultation), se remitirán a lo establecido en los art. L. 2113-15 y L. 2113-16 del Código de contratos públicos[62](#).

## V. BIBLIOGRAFÍA

CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A., (2018) Comentarios a la ley 9/2017, de contratos del sector público. Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones territoriales. Boletín Oficial del Estado. Madrid.

CEPES (CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL ESPAÑOLA DE LA ECONOMÍA SOCIAL) (2018) “Guía de compra pública responsable y del fomento de la contratación pública de entidades y empresas de la Economía Social”.

FONTDEVILA ANTOLÍN, JORGE, (2019) “La reserva de mercado a empresas de inserción y centros especiales de empleo (disposiciones adicionales 4.<sup>a</sup> y 48.<sup>a</sup> LCSP)”. En “Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional”. Dirigido por María Magnolia Pardo López y coordinado por Alfonso Sánchez García. Ed. Aranzadi. Thomson-Reuters.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, (2019) “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas”, Contratación Administrativa Práctica, n.º 159.

GARCÍA BLANCO, JESÚS MARÍA, (2018) Disposición Adicional Cuadragésima Octava, en “Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, dirigido por M. A. RECUERDA GIRELA. Ed. Civitas-Thomson-Reuters.

GARCIA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M. M. (Directores). AAVV., (2017) Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales. Ed. Aranzadi. Thomson-Reuters.

MINISTÈRE DU TRAVAIL; MINISTÈRE DE L' ÉCONOMIE ET DES FINANCES; ET MINISTÈRE DE L' ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, (2018) “Guide sur les aspects sociaux de la commande publique”, version 3, juillet 2018.

PARDO LÓPEZ, M. M. y SÁNCHEZ GARCÍA, A. (Directores). AAVV., (2019) “Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos. Guía práctica profesional”. Ed. Aranzadi. Thomson-Reuters.

PORTELA, A., (2002) “Ensayos de Teoría General del Derecho”, Volumen 2. Ediciones Suárez. Mar del Plata (Argentina).

PRECIADO DOMÉNECH, CARLOS HUGO, (2018) “Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, Ed. Bomarzo, Albacete.

\*

El origen del presente trabajo se encuentra en la prestación de servicios de carácter social realizada con ocasión del Proyecto derivado del contrato efectuado, en 2020, con la Diputación Provincial de Alicante, cuyo título es: “Estudio para la aplicación de las medidas de reserva de determinados contratos o lotes de los mismos previstas en las disposiciones adicionales 4<sup>a</sup> y 48<sup>a</sup> de la ley de contratos del sector público, en relación con la vertiente social de la contratación pública”. El texto presente ha sido actualizado y, en parte reelaborado.

1

Principalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados, el 13 de diciembre de 2006, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el Objetivo de desarrollo sostenible n.º 17 de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas de 2015 y su meta “incorporación de la compra y contratación socialmente responsable y sostenible”.

2

La Comunicación de la Comisión de la Unión Europea titulada “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible”, aprobada en 2001[COM (2001) 264 final], que, dentro de los retos, incluye, como reto 6, “la inclusión social, demografía y migración” y, como reto 7, “la pobreza en el mundo”. Y, dentro de los objetivos correlativos a los retos, “la lucha contra la exclusión social y la pobreza”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, después de destacar que la dignidad humana es inviolable (en su art. 1) y que “será respetada y protegida”, proscribire, en garantía de lo anterior, “toda discriminación por razón de discapacidad” (art. 21) y dispone que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad” (art. 26).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consigna que la Unión, “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] discapacidad” (art. 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (art. 19).

Y es de resaltar, también, la Estrategia de la Unión Europea titulada “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, recogida en Comunicación de la Comisión de 2010 que adopta tales términos [Bruselas, 3.3.2010. COM (2010) 2020 final].

3

Un estudio sintético sobre estas cuestiones nos ofrece C. H. PRECIADO DOMÉNECH (2018, in totum, pero, en especial, p. 119 y ss.). Un estudio pormenorizado por capítulos de diversos autores sobre tales cuestiones lo encontramos en las obras colectivas dirigidas por B. GARCÍA ROMERO y M. M. PARDO LÓPEZ (2017) y por M. M. PARDO LÓPEZ y A. SÁNCHEZ GARCÍA (2019).

4

Así nos lo recuerda J. M.<sup>a</sup> GARCÍA BLANCO (2018, p. 2154).

5

A. CANALES GIL y J. A. HUERTA BARAJAS (2018, p. 319) lo expresan como tres maneras de materializarse la reserva.

6

Guía CEPES (2018, pp. 37-38).

7

J. FONTDEVILA ANTOLÍN (2019, p. 94).

8

Foro de la Contratación Socialmente Responsable. Ficha sobre reserva de contratos a centros especiales de empleo, p. 6. Descargado de Internet el 17/6/2020 en <http://www.conr.es/contenido/ficha-sobre-reserva-de-contratos-centros-especiales-de-empleo>.

9

Se precisa que computa para la consecución del porcentaje del 6% marcado para los contratos reservados en dicha Comunidad Autónoma. A lo que añade que, para la verificación del efectivo cumplimiento, incluye el siguiente texto, que debe incorporarse a los pliegos: “La empresa adjudicataria deberá acreditar su cumplimiento mediante copia del contrato civil o mercantil indicativo del Centro Especial de Empleo o Empresa de Inserción subcontratada, e inclusivo del concepto detallado, importe económico y fechas de ejecución”. Descargado el 17/6/2020 en <https://gcpública.navarra.es/publica01/SNEContratos/Paginas/Reserva.aspx>.

10

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss.

11

J. FONTDEVILA ANTOLÍN (2019, p. 89).

12

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss.

13

Boletín Oficial de la Provincia de Zamora de 4 de agosto de 2017, p. 47 y ss.

14

Boletín Oficial de la Provincia de Zamora de 4 de agosto de 2017, p. 47 y ss.

15

La Instrucción o Acuerdo y Guía Práctica puede descargarse en Internet ([http://www.valencia.es/ayuntamiento/tablon\\_anuncios.nsf/0/3FAB36B5DD89A226C12583A90046F3E8/\\$FILE/20190225%20INSTRUCCIO%cc%81%20CONTRACTACIO%CC%81%20PU%CC%81BLICA%20I%20GUIA%20CLAUSULAT%20SOCIAL.pdf?OpenElement&lang=2](http://www.valencia.es/ayuntamiento/tablon_anuncios.nsf/0/3FAB36B5DD89A226C12583A90046F3E8/$FILE/20190225%20INSTRUCCIO%cc%81%20CONTRACTACIO%CC%81%20PU%CC%81BLICA%20I%20GUIA%20CLAUSULAT%20SOCIAL.pdf?OpenElement&lang=2)), si bien, en su interior, no indica el órgano de aprobación y la fecha de la misma, aunque sí que aparece en diarios como “Comunica Valencia, Diario Digital de Valencia y Provincia” de 22 de febrero de 2019 (descargado el 17/6/2020 en <https://www.comunicavalencia.es/2019/02/22/valencia-aprueba-la-nueva-instruccion-de-contratacion-publica-responsable/>).

16

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss.

17

Así lo vemos en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 17 de enero de 2019 (Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss.), en su punto Tercero, penúltimo párrafo.

18

Y también podemos apreciarlo en el Acuerdo del Pleno del municipio de Benavente (Zamora) de 31 de julio de 2017, por el que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los centros especiales de empleo y empresas de inserción (Boletín Oficial de la Provincia de Zamora de 4 de agosto de 2017, p. 47 y ss.), en su punto cuarto, último párrafo.

19

Acuerdo publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa n.º 99, de 24/05/2018.

20

Art. 31 de la Norma Foral 6/2005 de las Juntas Generales de Guipúzcoa, sobre Organización Institucional, Gobierno, y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa, modificado por la Norma Foral 3/2013 del mismo órgano citado.

21

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss. Y, en su Preámbulo, destaca que ha ido fijando los porcentajes mínimos de reserva en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente de contratos, mediante sucesivos Acuerdos de la Junta de Gobierno de la Ciudad, de modo sucesivo y creciente, 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.

22

Boletín Oficial de la Provincia de Zamora de 4 de agosto de 2017, p. 47 y ss.

23

Instrucción Tercera del Acuerdo publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa n.º 99, de 24/05/2018.

24

Instrucción Quinta del Acuerdo indicado.

25

Así, la STS 1601/2020 (RJ 2020, 4748) lo declaró, en relación con la regulación de la función pública de los entes locales. Se impugnó por la Junta de Andalucía el Decreto de un Ayuntamiento andaluz por el que se aprobaban las bases de la convocatoria para la provisión por el turno de promoción interna de varias plazas vacantes en la plantilla de personal funcionario del municipio en cuestión, invocando que infringían el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía vigente en aquel momento. La cuestión litigiosa se centró en dilucidar si cabía oponer a las Bases una normativa de la Comunidad Autónoma cuyo ámbito de aplicación no se extendía a los funcionarios locales del ámbito territorial de Andalucía, en tanto en cuanto dicha normativa preveía que era aplicable a los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía y, con carácter supletorio, a todos los funcionarios al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía no incluidos en su ámbito de aplicación. Y el TS falló, en tal Sentencia, en favor de la aplicación del Derecho de la Comunidad Autónoma como Derecho supletorio de primer grado y el Derecho Estatal como Derecho supletorio de segundo grado.

26

Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

27

I. GALLEGO CÓRCOLES (2019, p. 10).

28

J. FONTDEVILA ANTOLÍN (2019, pp. 90 y 91).

29

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss.

30

Instrucción Segunda del Acuerdo publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa n.º 99, de 24/05/2018.

31

Art. 43, puntos 1 y 2, del Decreto Legislativo 1/2013.

32

Art. 43, punto 4, del Decreto Legislativo 1/2013.

33

Art. 5 de la Ley 44/2007.

34

Consideración Jurídica II, punto 8.

35

Publicado por Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo (BOE del 25).

36

J. FONTDEVILA ANTOLÍN (2019, p. 92).

37

J. FONTDEVILA ANTOLÍN (2019, p. 89).

38

Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid de 21 de enero de 2019, n.º 8319, p. 11 y ss.

39

Instrucción Quinta del Acuerdo publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa n.º 99, de 24/05/2018.

40

Instrucción Sexta del Acuerdo citado.

41

Guía CEPES (2018, p. 49).

42

Guía CEPES (2018, pp. 37-38).

43

Sobre su significado, puede consultarse M. A. PORTELA, 2002, pp. 102-103. Y su aplicación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede comprobarse, en su Sentencia de 28 de mayo de 1986 ([RJ 1986, 2832], FJ. 4, in fine).

44

Guía CEPES (2018, p. 44).

45

Publicado por Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo (BOE del 25).

46

Debe tenerse en cuenta que el art. 20 de la Directiva 2014/24/UE menciona dentro del primer grupo aquí a los talleres protegidos y a los operadores económicos (laboratori protetti e ad operatori economici) cuyo objeto sea la integración social y profesional de las personas con discapacidad o en situación de desventaja y que el citado art. 112 del Código de contratos públicos (Decreto Legislativo 2016, n.º 50) menciona también, además de a las empresas con tal objeto, no solo a las citadas cooperativas sociales y sus agrupaciones, sino también a las calificadas como empresas sociales (imprese sociali).

El Acuerdo de la Autoridad Nacional Anticorrupción n.º 207, de 1 de marzo de 2017, precisa, por su parte, que, en la expresión genérica de operadores económicos cuyo objeto sea la integración social y profesional de las personas con discapacidad o en situación de desventaja, incluye los “talleres protegidos” (laboratori protetti) a los que se refiere la Directiva. Pero recuerda que la Autoridad aclaró que para que un operador sea reconocido como un “laboratorio protegido” debe poseer los siguientes requisitos: ser una persona jurídica que ejerza de manera estable y principal fundamentar una actividad económica organizada; prever, en los documentos corporativos, entre los fines del organismo, el de la inserción laboral de personas discapacitadas; y tener una mayoría de trabajadores discapacitados dentro del propio ámbito.

47

Aprobado por la Ordenanza núm. 2018-1074, de 26 de noviembre de 2018, relativa a la parte legislativa del Código de contratos públicos y por el Decreto núm. 2018-1075, de 3 de diciembre de 2018, relativa a la regulación parcial del Código de contratos públicos.

48

Este porcentaje está fijado en el art. R2113-7 del mismo Código de contratos públicos.

49

“Guide sur les aspects sociaux de la commande publique”, 2018, du Ministère du Travail; Ministère de l'Économie et des Finances; et Ministère de l'Action et des Comptes Publics; p. 35.

Por otro lado, se explica que las empresas adaptadas (entreprises adaptées –EA–) son actores económicos por derecho propio, en el competitivo sector comercial, pero que tienen la misión social del empleo de una mayoría de discapacitados, para permitir a las personas orientadas al mercado laboral por la CDAPH (La commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées) ejercer una actividad profesional en condiciones laborales adaptadas a sus posibilidades. Sus trabajadores con discapacidad tienen la condición de empleado de Derecho común y se benefician de la aplicación integral de la legislación social y convenios colectivos, del mismo modo que cualquier empleado. Y la empresa debe cumplir ciertas condiciones adicionales al empleo de como mínimo una mayoría de trabajadores discapacitados que le permiten beneficiarse de ayudas

específicas, en virtud de ciertos compromisos especificados en un contrato de tres años con el Estado (pp. 41-42).

Y las instituciones y servicios de apoyo al trabajo (établissements et services d'aide par le travail –ESAT–) son establecimientos médico-sociales y educativos cuyo objetivo es la integración social y profesional de adultos con discapacidad, que acogen a personas cuyas capacidades laborales no les permiten trabajar en una empresa ordinaria o adaptada o ejercer una actividad profesional autónoma y que se financian con ayuda social estatal, en forma de asignación global anual, para los gastos de funcionamiento, aunque, además, cuentan con un presupuesto compuesto por los ingresos de la actividad económica de los talleres de producción de bienes y servicios (p. 41).

50

Este porcentaje está fijado en el art. R2113-7 del mismo Código de contratos públicos..

51

“Guide [...]”, p. 44.

52

“Guide [...]”, p. 44.

53

Art. L2113-14 del Código de contratos públicos.

54

Art. 141 de la Ley n.º 1525, de 7 de diciembre de 2020, “d'accélération et de simplification de l'action publique”.

55

Arts. L2113-12 y L2113-13 del Código de contratos públicos.

56

Art. R2113-7 del mismo Código de contratos públicos.

57

“Guide [...]”, p. 36.

58

“Guide [...]”, p. 40.

59

Son contratos de servicios sanitarios; servicios administrativos, sociales, educativos y culturales; y otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones de jóvenes y otros servicios de organizaciones asociativas. Puede verse rápidamente, con sus códigos CPV, en la “Guide [...]”, pp. 49-50.

60

“Guide [...]”, p. 50.

61

Art. L2113-16 del Código de contratos públicos.

62

Art. R2113-8 del mismo Código de contratos públicos.