

La infrautilización de la reserva de contratos

Gonzalo Sola Rodríguez

*Abogado. Cuatrecasas
Profesor asociado de la Universidad Loyola Andalucía*

Resumen: *Se analiza la escasa utilización de la contratación reservada prevista en la disposición adicional cuarta de la LCSP como instrumento de la «contratación pública estratégica» y, desde la perspectiva de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, cómo la cada vez más habitual participación de centros especiales de empleo en licitaciones no reservadas puede derivar en situaciones contrarias a los principios de la normativa de contratación pública.*

Palabras clave: Contratación pública estratégica, contratos reservados, centros especiales de empleo, centros especiales de empleo de iniciativa social, servicios económicos de interés general, ofertas anormalmente bajas, disposición adicional cuarta LCSP, libre concurrencia e igualdad de trato y no discriminación entre licitadores.

I. La reserva de contratos como instrumento para la consecución de objetivos sociales en el marco de la «contratación pública estratégica»

Como es sabido, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública («**Directiva 2014/24**») mantiene la reserva de contratos a determinadas entidades de carácter y/o fin social que persiguen con su actividad la integración social y/o laboral de personas con discapacidad o desfavorecidas.

El considerando 36 de la Directiva 2014/24 dispone que el empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y que son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este sentido, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel y 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.

El considerando 36 de la Directiva 2014/24, lejos de ser un mero desiderátum, encuentra acomodo en el articulado de esta norma, en particular, en su artículo 20, que establece que 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 bien podrán prever la ejecución de contratos en el contexto de programas de empleo protegido, «a condición de que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos».

La normativa reconoce de manera inequívoca la posibilidad de utilizar la contratación pública para la consecución de objetivos sociales

De esta forma, el legislador europeo, que contempla la contratación pública como un instrumento válido y eficaz para implementar políticas públicas (1), ha previsto que los Estados miembros puedan establecer reservas de participación en determinadas licitaciones a empresas y/o entidades que tengan como objetivo principal la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas y que cuenten en sus plantillas con un porcentaje mínimo de personas discapacitadas o desfavorecidas.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («**LCSP**») ha mantenido la apuesta por los contratos reservados como instrumento de la denominada «contratación pública estratégica» (2) y su disposición adicional cuarta regula esta figura, cuya rúbrica, «contratos reservados», no deja lugar a dudas sobre su importancia en relación con la integración de personas discapacitadas o desfavorecidas y, en suma, para garantizar la igualdad de oportunidades.

La disposición adicional cuarta de la LCSP establece que la reserva de contratos deberá realizarse mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales y, por medio de este acuerdo, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes a «Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción» reguladas, respectivamente, en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre («**RDL 1/2013**»), y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos el 30%.

Como puede comprobarse, la vigente normativa en materia de contratos públicos reconoce de manera inequívoca la posibilidad de utilizar la contratación pública para la consecución de objetivos sociales — entre estos, la integración de personas con discapacidad o desfavorecidas— y hacer de la contratación pública un instrumento para implementar políticas de carácter social (3) y, a tal fin, los contratos reservados son una herramienta «para que el sector público refuerce su papel como garante del Estado del Bienestar a través de la contratación pública, función que encaja perfectamente con la exigencia del artículo 1.3 de la LCSP de una contratación más social y que fomente las PYMES y la Economía Social» (4).

II. La escasa utilización de la reserva de contratos y la participación de entidades

sociales objeto de reserva en licitaciones no reservadas

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación («**OIRESCON**») ha emitido en marzo de 2022 su denominado «Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación», cuyas conclusiones reflejan la escasa utilización de la reserva de contratos en España, entre otras razones, porque en el ámbito de la Administración General del Estado no se ha cumplido con la disposición adicional cuarta ni todas las Comunidades Autónomas cuentan con el acuerdo de reserva y fijación de porcentajes que contempla la normativa.

Las recomendaciones del informe de la OIRESCON también demuestran que la reserva de contratos es una medida poco empleada y a la que aún le queda un importante desarrollo por parte de las Administraciones públicas. En el informe destacan las recomendaciones acerca de la prohibición de subcontratar a empresas que no cumplen los requisitos subjetivos de la disposición adicional cuarta de la LCSP (5) , la incompatibilidad que en ocasiones existe entre la reserva de contratos y la subrogación laboral (6) o la posibilidad de que la reserva de contratos se extienda a los contratos de obras (7) .

Ante esta situación, no es de extrañar que las entidades a las que se dirige la reserva de la disposición adicional cuarta —señaladamente, centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción reguladas— participen asiduamente en procedimientos de adjudicación de contratos públicos no sujetos a reserva, compitiendo en condiciones de igualdad con cualesquiera otros operadores económicos que concurren a esas licitaciones. Máxime, cuando todavía existen dudas acerca de si la disposición adicional cuarta de la LCSP es aplicable a entidades que, sin ser centros especiales de empleo de iniciativa social, tienen objetivos análogos (8) .

Como seguidamente se verá, desde la perspectiva de la libre concurrencia e igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, la participación de centros especiales de empleo en licitaciones no reservadas puede provocar controversias jurídicas que merecen una respuesta adecuada por parte de los órganos administrativos competentes en materia de contratación pública y de los tribunales de justicia.

III. Las «ayudas compensatorias» a los centros especiales de empleo para el desarrollo de su actividad

La disposición final decimocuarta de la LCSP modificó el RDL 1/2013 e incluyó un apartado 4 en su artículo 43 a fin de regular la figura del centro especial de empleo, de iniciativa social, diferenciándolo de los centros especiales de empleo ordinarios. Por su parte, el artículo 5.4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social declara los centros especiales de empleo como entidades prestadoras de servicios de interés económico general.

La normativa de aplicación fija unos requisitos muy concretos y exigentes para que una entidad pueda considerarse centro especial de empleo, esto es, una entidad prestadora de servicios de interés económico general que realiza una función social de integración laboral de personas con discapacidad y, más aún, que el centro especial de empleo en cuestión pueda considerarse de iniciativa social.

En primer lugar, se exige la participación en el mercado mediante la realización de una actividad productiva y, simultáneamente, asegurar un empleo remunerado para personas con discapacidad —finalidad del centro especial de empleo—.

Los exigentes requisitos para adquirir la condición de centro

especial de empleo no son casuales

En segundo lugar, los centros especiales de empleo se configuran como un medio de inclusión laboral de las personas con discapacidad y, a tal fin, al menos el 70% de la plantilla destinada a la realización de la actividad productiva debe estar constituida por personas trabajadoras con discapacidad.

Los exigentes requisitos para adquirir la condición de centro especial de empleo no son casuales. El RDL 1/2013 fija un riguroso umbral para adquirir esta condición al tratarse de uno de los tipos de «empleo protegido» de las personas con discapacidad (art. 37 RDL 1/2013) y, en consecuencia, para satisfacer los fines inherentes a dicha figura, las Administraciones públicas ejercen su potestad de fomento mediante la concesión de subvenciones o la bonificación de determinadas cuotas empresariales para que los centros especiales de empleo puedan participar regularmente en el mercado en condiciones de igualdad con aquellos operadores que no aseguran un empleo remunerado para personas con discapacidad.

En este sentido, puede citarse la Orden, de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en centros especiales de empleo y trabajo autónomo. Esta Orden establece un régimen de ayudas «Para mantenimiento de puestos de trabajo» (art. 4.4) que incluye, entre otras medidas, la bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social (9) y la concesión de subvenciones del coste salarial del puesto de trabajo que ocupe la persona con discapacidad (10).

El acceso a las ayudas referidas depende de circunstancias como la actividad, dimensión, estructura y gerencia del centro especial de empleo, la composición de su plantilla, la modalidad y condiciones de los contratos de trabajo suscritos con la plantilla, las variables económicas que concurren en el centro especial de empleo «en relación con su objetivo y función social» o los servicios de ajuste personal y social que preste el centro especial de empleo a los trabajadores con discapacidad.

La obtención de las «ayudas compensatorias» para justificar ofertas económicas más competitivas que las del resto de licitadores por parte de centros especiales de empleo en licitaciones no reservadas es una práctica que ha provocado diversos pronunciamientos de tribunales administrativos contractuales, que no han abordado esta cuestión de forma definitiva desde la perspectiva de los principios informadores de la contratación pública.

IV. La problemática en torno a la viabilidad de las ofertas presentadas por centros especiales de empleo en licitaciones no reservadas

Las ayudas normativamente previstas para los centros especiales de empleo dependen del cumplimiento de los requisitos establecidos en el vigente art. 43 RDL 1/2013 y, además, tienen por objeto facilitar que este tipo de entidades cumplan su finalidad de asegurar un empleo remunerado a las personas con discapacidad y de ofrecerles los servicios de ajuste personal y social requeridos.

Las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social y las subvenciones de costes salariales no son un medio para que las Administraciones públicas puedan contratar servicios económicos a través de contratos reservados, sino que constituyen un medio para facilitar la viabilidad de este tipo de entidades que, como consecuencia de su función social de integración laboral de personas con discapacidad, padecen, entre otros efectos, altos índices de temporalidad y absentismo laboral que repercuten en su tasa de productividad.

La frecuente participación de centros especiales de empleo de iniciativa social en licitaciones no reservadas ha propiciado que, en diversas ocasiones, se sirvan de las «ayudas compensatorias» (bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social y subvenciones de costes salariales) para proponer ofertas económicas mucho más competitivas que el resto de licitadores que no reúnen la condición de centro especial de empleo y, en consecuencia, no pueden acceder a estas medidas de carácter compensatorio por la prestación de servicios de económicos de interés general.

Llegados a este punto y teniendo en cuenta que el fin de las ayudas es compensar la prestación de servicios por parte de los centros especiales de empleo, desde la perspectiva de la libre concurrencia y la igualdad de trato entre licitadores es cuestionable que un operador económico pueda servirse de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social y de subvenciones para ofertar precios por debajo de mercado en licitaciones no reservadas, como si de una ventaja competitiva se tratase.

Esta controversia jurídica se plantea con especial intensidad en el trámite de justificación de bajas anormales contemplado en el artículo 149 de la LCSP donde, en ocasiones, el licitador que ostenta la condición de centro especial de empleo de iniciativa social y ha presentado una oferta incurso en anomalía justifica la viabilidad y seriedad de su proposición en las ayudas compensatorias que la normativa en materia de centros especiales de empleo prevé.

Algunos tribunales administrativos han rechazado la posibilidad de justificar los precios ofertados en la existencia de las «ayudas compensatorias» al considerar que la condición de centro especial de empleo no justifica por sí misma la obtención de subvenciones (11), sino que su percepción debe acreditarse a efectos de justificar la viabilidad de la oferta incluso en supuestos en los que no está garantizada la obtención de la subvención (12). Por otro lado, existen resoluciones administrativas que en el seno de contratos no reservados aceptan que un centro especial de empleo justifique su oferta —en términos económicos— en las ayudas compensatorias por el ejercicio de sus funciones sociales (13).

Con independencia de la disparidad de criterios a la hora de admitir justificaciones de bajas temerarias por centros especiales de empleo en licitaciones no reservadas, es necesario reflexionar sobre si esta práctica, en última instancia, desvirtúa los principios esenciales de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación a la vez que la propia reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de la LCSP.

Es indudable que las ayudas compensatorias cumplen su finalidad, fomentar la participación de centros especiales de empleo en la actividad económica y de este modo la integración social y laboral de personas con discapacidad. Ahora bien, desde la perspectiva de la contratación pública, que pivota sobre los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (14), existen dudas de que la participación en condiciones de igualdad de los centros especiales de empleo en licitaciones no reservadas pase por el empleo de estas medidas compensatorias como una verdadera ventaja competitiva frente a otros operadores.

V. Conclusión

La reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de la LCSP es una herramienta al servicio de los poderes públicos que permite una contratación pública más social y ajustada a los principios y fines de la contratación pública estratégica.

No obstante, la reserva de contratos no está suficientemente extendida entre las Administraciones públicas españolas, lo que, unido a otras circunstancias como las dudas acerca del alcance de la reserva, ha dado lugar a que los centros especiales de empleo participen en licitaciones no reservadas con frecuencia.

La reserva de contratos no está suficientemente extendida entre las Administraciones públicas españolas

Las ayudas previstas en la normativa de centros especiales de empleo tienen por objeto compensar económicamente la prestación de servicios de interés económico general y, más concretamente, propiciar la viabilidad de estas entidades financiando la creación de empleo indefinido y de calidad de personas con discapacidad. Por tanto, la finalidad de las ayudas obtenidas por los centros especiales de empleo no es que estas constituyan una ventaja competitiva respecto a otros operadores económicos que prestan servicios análogos en condiciones de mercado.

La justificación de ofertas anormales por parte de centros especiales de empleo en la obtención de las ayudas compensatorias puede alterar la competencia en aquellas licitaciones que no están reservadas, lo que pugna con los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, pero, a la vez, también puede tener un efecto disuasorio en el empleo de la reserva de contratos contemplada en la disposición adicional cuarta de la LCSP, que, como concluye la OIRESCON, está de por sí infrutilizada.

-
- (1) Considerando 2 de la Directiva 2014/24: *«La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrados» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrados, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos».*
 - (2) Preámbulo de la LCSP: *«Respecto de los temas sociales, se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de discapacitados que se establezca en su respectiva regulación».*
 - (3) Preámbulo de la LCSP: *«El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad».*
 - (4) Informe 4/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.
 - (5) *«Puede constituir una buena práctica recoger la expresa prohibición de subcontratación a empresas no beneficiarias del derecho de reserva como ocurre en los acuerdos de Castilla-La Mancha o Madrid, salvo en las prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, siempre que se justifique debidamente en el expediente».*
 - (6) *«[...] no tendría sentido calificar como reservado un contrato que implique subrogación de personal no compatible con el de esta tipología de empresas, que no va a poder asumirlo, por no estar aquellos en situación de exclusión social o ser personas con discapacidad».*

- (7) «Sería oportuna una revisión de la regulación de la DA 4ª puesto que permite la reserva a todo tipo de contratos, pero únicamente se puede establecer el porcentaje de cumplimiento con respecto a los contratos de suministros y servicios, lo que puede llevar a desincentivar a los órganos de contratación a tramitar como reservados contratos de obras y concesiones puesto que éstos no serán objeto de cómputo a los efectos del cumplimiento de los porcentajes de reserva fijados tanto en la DA 4ª como en los correspondientes Acuerdos de los órganos competentes de las comunidades autónomas».
- (8) Véanse, en este sentido, las Sentencias de 6 de octubre de 2021 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-598/19) y de 6 de mayo de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (rec. 626/2018).
- (9) Art. 4.4.B).1 de la Orden: «1. Bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. Estas bonificaciones serán deducidas directamente por los centros especiales de empleo, previa autorización de la Administración, de las cuotas a liquidar mensualmente a la Seguridad Social, de acuerdo con la normativa vigente en esta materia».
- (10) Art. 4.4.B).2 de la Orden: «2. Subvenciones del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por minusválido que realice una jornada de trabajo laboral normal y que esté en alta en la Seguridad Social, por un importe del 50 por 100 del salario mínimo interprofesional. En el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada».
- (11) Resolución núm. 40/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- (12) Resoluciones núm. 223/2018 y 9/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o Resolución núm. 9/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Málaga.
- (13) Resolución núm. 183/2021 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: «Este Tribunal, ya en anteriores Resoluciones como la 300/2019 y la 482/2019, ha aceptado tomar en consideración como criterio de justificación de bajas anormales las subvenciones concedidas a los CEE incluso no estando garantizadas y dependiendo de la convocatoria y consignación presupuestaria anual, por ser un derecho previsto en la Ley cuando se cumplen las condiciones exigidas de ostentar la condición de CEE y emplear a personas con discapacidad, [...]».
- (14) Considerando 1 de la Directiva 2014/24.