

La acción social dentro de la Contratación Pública

TRABAJO FINAL DEL MÁSTER DE ABOGACIA. 2015-2017

Alumno: MARIA PILAR AYALA DÍEZ

16/12/2016

ÍNDICE

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
II.- CONSULTA/S	8
III.- DICTAMEN	8
a) Primera consulta planteada	8
b) Segunda consulta planteada	20
IV.- CONCLUSIONES	29
V.- BIBLIOGRAFÍA.....	34

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, reconoce en su artículo 27 *“(...) el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones como las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad (...)”*

Desde la adhesión de España a la Comunidad Europea, el referente de la legislación española en materia de contratación pública ha sido la normativa comunitaria, siendo su propósito incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas Comunitarias correspondientes.

El artículo 136 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCUE) fija como objetivo de la política social, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el dialogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y la lucha contra las exclusiones, quedando reflejado en nuestro artículo 1 de la CE, donde se establece que *“(...) España se constituye en un estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (...)”*.

La importancia de la contratación pública es claramente visible tanto en la Unión Europea como en España, haciendo hincapié en los aspectos más beneficiosos para la sociedad.

A través de las cláusulas sociales, el legislador quiere incentivar la política de empleo para insertar en el mercado laboral a personas con exclusión y/o fomentar la cohesión social.

Y en concreto, es la normativa europea, mediante la Directiva 2004/18 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos de Obras, Suministros y Servicios, donde se aborda y se regula por primera vez de forma más explícita las cláusulas sociales en la contratación pública, sin perjuicio que en su considerado

1 dice: “(...) la presente Directiva está basada en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerado 2 (...)”.

Pero el legislador cuando dice: “(...) La presente Directiva está basada en la Jurisprudencia (...)”, no mentía, ya que fue el TJCE el que asumió la admisibilidad de la incorporación de las cláusulas sociales en los contratos públicos a la luz del principio de libre prestación de servicios y de igualdad de trato de los licitadores, siendo la sentencia más conocida en este sentido, la de 20 de setiembre de 1998 (Asunto Grebieders Beetjes BV)¹.

Con la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, junto con la Directiva 2014/23/UE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y actualmente en vigor, tras derogar la anterior, se pretende armonizar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

Estas tres Directivas, imponen lo que los más estudiosos en la materia denominan “*contratación estratégica*”, introduciendo en la contratación pública las políticas de la Unión Europea en materia social, medioambiental, de innovación y de promoción a las pymes, siempre sin eludir los principios y objetivos propios de la contratación, con el objetivo de coadyuvar al cumplimiento de la “*Estrategia Europea 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”

Con ese objetivo, la Directiva 2014/24/UE, pretende imponer a los Estados miembros las medidas pertinentes para garantizar, que en la ejecución de contratos públicos los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho

¹ . Asunto C-31/87

de la Unión, en el Derecho nacional, en los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional suscrito por la UE.

El Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea: hacia un mercado europeo de contratación pública eficiente, ya hizo hincapié en cuales debían ser los objetivos de esta contratación pública *“ética y socialmente responsable”*.

En España, la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (BOE de 31 de octubre de 2007), acogió en su articulado las directrices de la Directiva 2004/18.

Tales previsiones se recogen actualmente en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público², modificado recientemente por la Ley 31/2015, de 9 de setiembre³, pero sin que a fecha de hoy se haya transpuesto a la normativa estatal las Directivas del año de 2014, sin perjuicio que dado que algún precepto de las mismas tienen “efecto directo”, se estén aplicando.

Por lo que hace referencia a las personas con discapacidad y como se han incorporado en la Directiva 24/2014, hay que tener en cuenta las obligaciones derivadas del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (TRDDIS) y que sustituye a la antigua LISMI.

En cuanto a la reserva de contratos para Centros especiales de empleo (CEE) y Empresas de inserción (EI), el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, reconocía la potestad de los Estados a reservar, sin que la norma delimite cuantitativamente la reserva, a talleres protegidos el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, o su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los siguientes términos:

“(…) Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o

² BOE 16 de noviembre de 2011

³ BOE de 10 de setiembre de 2015

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 (...)”.

La DA 7ª de la LCSP del año 2011, disponía que:

*“(...) 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 100** 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 (...)*”.

Por tanto, la Ley de Contratos en su DA 7ª, tiene su origen y fundamento, como ya hemos citado, en la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos públicos. Precepto que se justificaba en su Considerando 28 de la Directiva de contratos públicos, al establecer:

“(...) 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 (...)”.

Así pues la JCCA de Aragón, llegó a la conclusión que la reserva de contratos a CEE por los Estados Miembros tiene un carácter potestativo y no obligatorio.⁴

⁴ Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El 28 de marzo de 2014, el DOUE publicaba las nuevas Directivas de contratación pública:

- La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión;
- la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE; y
- la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Estas Directivas de contratación, cuya entrada en vigor fue a los 20 días de su publicación, concede un plazo de transposición a los Estados miembros de dos años (que finalizaba el 18 de abril de 2016) y que España, después de haber transcurrido dicho plazo reglamentario, no ha cumplido, aún siendo de obligado cumplimiento y de aplicación directa.

En su conjunto, estas Directivas persiguen tres objetivos:

- Simplificación
- Seguridad jurídica
- Flexibilidad

A diferencia de la anterior regulación, la nueva Directiva 24/2014 fija el porcentaje en un **30%**, siendo en este caso de carácter obligatorio, a diferencia de la Directiva 18/2004/UE, siendo introducido por el TRLCSP, cuya Disposición adicional quinta, modificada recientemente por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía social.

Además es novedad el artículo 20 de la Directiva 2014/24, en el cual se reconoce como destinatarios de la reserva no solo a los talleres protegidos, sino a *«los operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas»*.

En relación a esta ampliación de los destinatarios posibles de las reservas sociales, hay que recordar que el artículo 7.1 de la Ley 3/2011 prevé las reservas no solo a Centros Especiales de Empleo sino también a Empresas de Inserción, limitándolas en éste último caso a contratos no sujetos a regulación armonizada.

Todo ello nos lleva a realizar las siguientes preguntas:

PRIMERO.- La admisión de las cláusulas sociales como mérito dentro de la contratación pública, y si están incluidas todos los talleres protegidos y empresas de inserción a participar en un concurso reservado, sin diferenciar su ánimo lucrativo o no

SEGUNDO.- La actuación de la contratación pública en los contratos de servicios sanitarios y servicios sociales.

II.- CONSULTA/S

PRIMERA CONSULTA.-

Hay que considerar las cláusulas sociales como un criterio de valoración positiva o de mérito dentro de la contratación pública y si estas cláusulas sociales dentro de un contrato reservado son de aplicación a todos los talleres protegidos y empresas de inserción o solamente a entidades sin ánimo de lucro.

SEGUNDA CONSULTA.-

Considerar cómo está afectando las nuevas directivas a la contratación pública dentro de los servicios sanitarios y sociales y que reacción están teniendo las Comunidades autónomas, sobre todo Cataluña

III.- DICTAMEN

a) Primera consulta planteada

En relación con esta primera consulta debemos plantearnos si hay que considerar las cláusulas sociales como un criterio de valoración positiva o un mérito dentro de la contratación pública y si estas cláusulas sociales dentro de un contrato reservado son de aplicación a talleres protegidos y empresas de inserción como

entidades del tercer sector por ser entidades sin ánimo de lucro o estarían también incluidas todas aquellas que tienen un ánimo lucrativo

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública no ha estado exenta de conflicto pues, la imprecisión con que la legislación europea y española las ha contemplado, el carácter reciente de su previsión normativa expresa y la pluralidad de fines a los que *a priori* parece responder plantea en ocasiones conflictos de legalidad.

Tras su previsión en el Derecho Comunitario⁵, la posibilidad de incluir cláusulas de tipo social fue reconocida formalmente por la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya Exposición de Motivos señalaba como una de las principales novedades de la norma en lo que se refería a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma, *“(...) la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales (...)”*.

Así, con la finalidad de favorecer el empleo mediante la contratación pública con el fin de apoyar objetivos sociales comunes, la legislación en materia de contratación pública ha previsto de manera expresa la inclusión de cláusulas de tipo social en dos modos distintos:

a) Como criterios para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa⁶, mediante el artículo 150.1 TRLCSP.

⁵ En la Directiva 2004/18/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

⁶ El artículo 150.1 TRLCSP establece que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el

b) Como condiciones especiales de la ejecución del contrato⁷ si cuando sean compatibles con el derecho comunitario, y siempre que se indique en el anuncio de licitación, en el pliego o el contrato, tal y como indica el artículo 118.1. TRLCSP

Por otro lado, el apartado 2 del artículo 118⁸ TRLCSP prevé la posibilidad de establecer penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales o atribuirles a éstas el carácter de obligaciones contractuales esenciales de acuerdo con lo establecido en el artículo 223.f) del TRLCSP⁹.

Tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como las Juntas Consultivas de las Comunidades Autónomas y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se han pronunciado en diversas ocasiones en relación con la inclusión y el alcance de las denominadas cláusulas sociales, perfilando sus características y delimitando los requisitos para su válida inclusión.

Por tanto debemos entender por cláusulas sociales la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como el fomento del empleo de personas en

plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

⁷ El artículo 118.1 TRLCSP dispone que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

⁸ Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e).

⁹ El artículo 223.f TRLCSP prevé como causa de resolución de los contratos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

situación o riesgo de exclusión social, con el objeto de facilitar su proceso de inserción socio laboral.

Pero la implantación de cláusulas sociales, no debemos entenderlas en ningún caso como una competencia desleal, ni una vulneración de la libre competencia.

Esta discriminación positiva encuentra su sentido cuando determinadas personas o colectivos precisan de una especial protección, justificándose las empresas ordinarias tanto por su finalidad como por sus resultados.

El Tribunal Supremo¹⁰ determinó: “(...) *La Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable (...)*”.

Y en este sentido hay que hacer referencia al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL 0210/2016¹¹, sobre mejoras sociales como criterio de adjudicación. En ese asunto, los pliegos preveían como criterio de adjudicación la introducción de mejoras sociales consistentes en la incorporación de la plantilla, bien para cubrir las necesidades de personal eventual que requiera el contrato, bien para las nuevas contrataciones-, de personal en situación y/o riesgo de exclusión del mercado laboral (...) y personas con discapacidad, de acuerdo con la Ley 13/1982, (...). Impugnados los pliegos, el Tribunal considera que: “(...) *hemos de enjuiciar las mejoras sociales referidas, las contempladas en el PCAP, bajo los parámetros introducidos en la referida Directiva 2014/24/UE. Y así hallamos las siguientes referencias a los criterios sociales y su introducción en las distintas fases de los contratos y, en particular, como criterio de adjudicación: Considerando 40: (...). Considerando 99: (...); Art. 67: (...) Tomando como referente de “lege lata” el artículo 150.1º del TRLCSP, sumado a las normas imperativas contenidas en la referida Directiva 2014/24/UE, analizadas las mejoras sociales contenidas en la cláusula 11ª B.2.3 y observando que guardan relación con el objeto del contrato y la debida proporcionalidad en su puntuación (de 0 a 5 puntos), hemos de deducir que no resultan contrarias a Derecho porque no introducen elementos distorsionadores de la igualdad y competencia ni*

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1997. Roj. STS 3625/1997 - ECLI: ES:TS:1997:3625. Id Cendoj: 28079130051997100389

¹¹ [http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200130-2016%20VAL-25%20\(Res%20210\)%2018-03-2016.pdf](http://www.minhafp.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200130-2016%20VAL-25%20(Res%20210)%2018-03-2016.pdf)

desvirtúan el principio general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, que rigen esta fase de la contratación administrativa, la de adjudicación.”

La Comunidad Autónoma de Cataluña fue la primera Administración Pública en España que estableció, en el año 2004, con carácter preceptivo, que todos los departamentos, organismos autónomos y empresas públicas de la Generalitat estarían obligados a establecer cláusulas de este tipo.

El sistema debía establecer un determinado importe respecto al total de sus contratos públicos, que se determinaría anualmente en sus presupuestos generales, para ser adjudicados exclusivamente a “(…) centros de inserción laboral de discapacitados y empresas de inserción socio laboral o a entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social (…)”.

Regulado en el artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y en sus respectivas modificaciones: art. 19 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas y art. 19 de la Ley 17/2007, de 21 de diciembre, de medidas fiscales y financieras, siendo la última modificación por Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, estableció, de forma clara y sencilla siete puntos para su cumplimiento¹²

Sometiéndolo a consulta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, tras la propuesta de modificación del artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, según la redacción dada por el artículo 19 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, el órgano consultivo¹³ dictaminó: “(…) La modificación propuesta por el Departamento de Justicia se plantea como una fórmula complementaria en la reserva social prevista inicialmente al artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. Desde esta perspectiva, no se minoraría la potencialidad de la reserva establecida a favor de las entidades del tercer sector que no tienen la condición de empresas o entidades

¹² «Artículo 35 Fomento de los objetivos sociales en la contratación

¹³ <http://0laleydigital.laley.es.cataleg.uoc.edu/>

públicas. Así se remarca expresamente en el último epígrafe de la propuesta dónde se indica textualmente que el volumen de los encargos de gestión que se puedan hacer en virtud de este precepto en empresas públicas, o a otras entidades del sector público, *"en ningún caso podrá suponer una disminución de la reserva social prevista en este artículo para los centros, entidades y empresas del tercer sector"*.

Por tanto los departamentos, organismos y empresas de la Generalidad, como las entidades que integran la Administración local de Cataluña, tienen que tener en cuenta las peculiaridades y necesidades a satisfacer en cada caso a la hora de promover los encargos de gestión correspondientes y lo tienen que hacer en relación con aquellas empresas o entidades del sector público que cumplan la doble condición de tener unas finalidades determinadas (la inserción laboral de personas disminuidas, la integración de personas con riesgo de exclusión social o la satisfacción del derecho al trabajo de los presos y los penados internados en establecimientos penitenciarios) y de tener también la consideración de medio propio instrumental, según la doctrina europea ya muy consolidada en este ámbito, que esta Junta Consultiva ha tenido ocasión de abordar en diversos informes y, en particular y recientemente, en el informe 4/2007, de 28 de junio, que contiene en el apartado de consideraciones jurídicas un resumen actualizado de la doctrina mencionada. (...)"

En cuanto la reserva de la participación en los procedimientos de adjudicación de los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo (CEE) y Empresas de inserción socio-laboral (EI), la Disposición adicional quinta del TRLCSP, mediante Ley 31/2015, de 9 de setiembre, establece que *"(...) Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades autónomas y de las Entidades locales, se fijarán porcentajes mínimos de reservar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes de los mismos a los CEE y EI, 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 al menos el 30% de los*

*empleados de los CEE, de las EI o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social (...)*¹⁴.

La anterior normativa, contemplaba la posibilidad de reservar a estos CEE cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados fueran personas con discapacidad que “(...) debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales (...)”.

La actual normativa establece la obligación de reservar la adjudicación de contratos a empresas cuya finalidad es la promoción de personas con discapacidad que no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

Pero el legislador, en ocasiones parece que se contradice a la hora de legislar sobre una materia.

Cuando en el año 2013 aprobó el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRDDIS), mediante Real decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, su Sección Tercera, hace referencia al “*empleo protegido*” donde se han transpuesto parte de lo establecido en la LISMI, con ciertas modificaciones.

La LISMI fijaba seis artículos a la regulación de los CEE, mientras que la nueva normativa dedica los artículos 43-44 y 45.

Siguiendo los criterios establecidos por el Profesor RICARDO ESTEBAN LEGARRETA, sobre la “Integración laboral de las personas con discapacidad”¹⁵ es de mención destacar diversas supresiones que el nuevo texto refundido ha hecho respecto de su antecesora.

Primeramente hay que destacar la supresión del antiguo artículo 44 de la LISMI, dedicado a la integración en la Seguridad Social de los trabajadores con discapacidad de entornos protegidos. Con dicha eliminación el legislador pretende suprimir un precepto en principio inoperante pero muy peligroso si se hubiera

¹⁴ La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico. José Moreno Molina. Thomson Reuters. 2016

¹⁵ Atención y protección jurídica de la discapacidad. Juan Luís Bertrán Aguirre y Antonio Ezquerra Huerva (Directores). Thomson Reuters. 2015

hecho efectivo, ya que sin una clara justificación, propiciaba la precarización del régimen jurídico de la Seguridad Social de personas con discapacidad que trabajasen en CEE; sin olvidar que la existencia de Regímenes especiales de la Seguridad Social (art. 10.1 LGSS) no siempre significa ventajas técnicas, ya que pueden comportar limitaciones fundamentales en la debilidad del sector económico de aplicación.

El antiguo artículo 44 LISMI, decía *“(...) Los trabajadores con discapacidad empleados en Centros Especiales de Empleo, quedarán incluidos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, dictándose por el Gobierno las normas específicas de sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social, en atención a las peculiaridades características de su actividad laboral (...)”*.

Dicho precepto daba a entender que a los trabajadores con discapacidad se les debía de dar de alta en el Régimen de Seguridad Social correspondiente a la actividad del Centro, con el riesgo que esto comportaba para el colectivo.

Otra parte de la doctrina entendió, por suerte, que solamente hacía referencia a la aplicación de un Régimen especial de la Seguridad Social.

Otra supresión que siguiendo el criterio del Profesor ESTEBAN LEGARRETA, es de gran gravedad, fué el art. 41.1 LISMI, que establecía que los CEE debían emplear a las personas con discapacidad que *“(...) por razón de la naturaleza o de las consecuencias de su discapacidad no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales (...)”*.

Según este artículo la empleabilidad de estos centros debía basarse en las necesidades de los trabajadores afectados por especiales dificultades”, sin perjuicio que dentro de este mínimo exigido del 70% de la plantilla debía ser personas con discapacidad (art. 42.2 LISMI y 43.2 TRDDIS), se podían incluir la contratación de trabajadores con discapacidades ligeras.

Aprovechando esta ambigüedad que facilitaba el legislador, se dieron de alta muchos Centros especiales con plantillas de trabajadores de baja discapacidad, dando lugar a los CEE lucrativos.

Pero el legislador ha priorizado una posición más económica y productiva, permitiendo la creación de estos centros lucrativos, que la verdadera finalidad de la ley, que era la defensa de aquel colectivo de personas con discapacidad, afectados con especiales dificultad, ya que el artículo 43 TRDDIS, que equivale a los antiguos artículos 41 y 42 LISMI, ha suprimido toda referencia al deber de estos centros a contratar a trabajadores afectados por especiales dificultades, y por consiguiente a la hora de recibir incentivos y subvenciones no haya diferencias, indiferentemente de sus circunstancias . En este sentido me remitiré explícitamente a los argumentos de BACKER&MCKENZIE¹⁶.

Si analizamos el TRDDI, cuando se refiere a la creación de CEE en sus artículos 44 y 45 señala que pueden serlo “(...) organismos públicos y privados así como empresas (...)”, manifestando este art. 45 que pueden ser creados por cualquier tipo de entidad. Con este planteamiento, tanto la normativa anterior como la actual, los poderes públicos pretenden facilitar cualquier iniciativa a fin de potenciar su creación, independientemente de su carácter lucrativo o no.

Para ser titular de un Centro Especial de Empleo, entendido como centro de trabajo, de acuerdo con el art. 1,5 ET¹⁷, el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, cuyo artículo 7, prevé la necesidad de cumplir unos requisitos: la personalidad jurídica de la entidad, la posibilidad de viabilidad y subsistencia del Centro, la composición y plantilla de acuerdo con la Ley, un personal formado para la prestación de servicios de ajuste personal y social y la inscripción de los centros en un registro, titularidad de la administración competente (generalmente la autonómica), siendo por ello un “coladero” para las entidades con ánimo de lucro.

Y en este sentido la Resolución del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA, Expte.29/2015, es muy clarificadora para la cuestión planteada.

¹⁶ P.30. Ciertamente, establecer diferencias en los incentivos sin vulnerar el principio de igualdad exige ser cuidadoso, pero tiene mucho sentido ya que por ejemplo, como el mismo informe semana a partir de otra fuente, dándola por buena (p.8), “la probabilidad de que en la UE una persona con enfermedad mental ocupe un empleo, es un 40% menor que en el caso de una persona con discapacidad física”

¹⁷ “A los efectos de esta Ley, se considerará centro de trabajo la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”

En este supuesto dicho tribunal estima la reclamación planteada en materia de contratación de Talleres Auxiliares de subcontratación industrial Navarra SA (TASUBINSA), frente GRUPO SIFU NAVARRA, como adjudicataria, por el contrato relativo a la "Gestión ambiental y seguridad en la red de carreteras de Navarra, zona Bidasoa", siendo este un contrato reservado, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley Foral de Contratos Públicos 6/2006 (LFCP).

La cuestión principal de la reclamación fue comprobar si GRUPO SIFU, reunía las condiciones exigidas para participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público reservado por la entidad contratante a Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LFCP.

Si bien es cierto, que en este caso, la propia normativa autonómica de contratación pública establece que serán "Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro", es relevante para este dictamen, especificar qué argumentos dio este tribunal para llegar a la conclusión que GRUPO SIFU NAVARRA es un CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO LUCRATIVO y por ello no debía ser adjudicataria del contrato.

En dicha resolución¹⁸ argumenta "(...) que la Ley 13/1982, de 7 abril (LISMI) de Integración Social de los Minusválidos, en su artículo 42.1 define los Centros Especiales de Empleo como "aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado, teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sean un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo norma".

El artículo 1 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la LISMI reitera esa definición al tiempo que exige que la totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores minusválidos, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal no minusválido, imprescindible para el desarrollo de su actividad.

¹⁸<http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/911DD7CEDF2D4276A5D277C18A6368A1/310481/Acuerdo212015de17demarzoEstimaci%C3%B3nContratreservad.pdf>.

Su artículo 2 determina que sin perjuicio de la función social que los Centros Especiales de Empleo han de cumplir y de sus peculiares características, “su estructura y organización se ajustará a los de las Empresas ordinarias.”

Pero sin duda, el precepto que adquiere más relevancia en el supuesto que nos ocupa es el artículo 5.b) que determina que “atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo.”

Por su parte, el artículo 1665 del Código Civil identifica el concepto de ánimo de lucro con el reparto de ganancias entre los socios.

Pudiéndose acudir también a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en cuanto a que el ánimo de lucro es el elemento diferenciador entre sociedad y asociación.

Ésta en su artículo 13.2 determina que “los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo.”

La doctrina ha considerado para estimar que la asociación no es sociedad hay que atender a las vertientes objetiva (que el fin de la sociedad no sea la obtención de beneficios) y subjetiva (que los beneficios no se reparta entre los socios).

En el caso que nos ocupa es claro que si estamos ante una sociedad mercantil lo relevante debe ser cuál es el destino de los beneficios. Igual ocurre en el caso de las fundaciones, reguladas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Éstas pueden percibir beneficios (artículo 26) pero su carácter de entidades sin ánimo de lucro (artículo 2) determina la imposibilidad de reparto de beneficios y la obligación de dedicar un alto porcentaje a la realización de los fines

fundacionales y el resto a aumentar la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato (artículo 27) debiendo observarse si en los estatutos existe un reparto encubierto hacia los patronos, (Artículo 3: 3. “en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.”)

En conclusión, para entender que existe ánimo de lucro o no debe observarse que se repercutan o no la totalidad de los posibles beneficios en la propia institución, sin que tenga que concurrir, siempre a efectos de contratación pública, ni la declaración de utilidad pública ni de la imprescindibilidad.

El último requisito exigible por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre es la calificación e inscripción. El artículo 7 exige su calificación e inscripción en el Registro de Centros que la Administración Central, o, en su caso, las Administraciones Autonómicas, crearán dentro de su ámbito de competencias. Al mismo tiempo exige que para que pueda efectuarse la calificación e inscripción, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

“1. Acreditación de la personalidad del titular.

2. Justificar mediante el oportuno estudio económico las posibilidades de viabilidad y subsistencia del Centro, en orden al cumplimiento de sus fines.

3. Estar constituida su plantilla por trabajadores minusválidos conforme a lo señalado en el artículo 1.º. Con contrato laboral escrito, suscrito con cada uno de ellos, conforme a la normativa vigente.

4. La previsión de tener en plantilla al personal técnico y de apoyo en posesión de las titulaciones profesionales adecuadas, que la actividad del Centro precise.”

En definitiva un Centro Especial de Empleo carece de ánimo de lucro cuando repercute la totalidad de los posibles beneficios en la propia institución y si figura calificado e inscrito en el registro de la Administración competente.

b) Segunda consulta planteada

En referencia a la segunda consulta tenemos que plantearnos cómo está afectando las nuevas directivas a la contratación pública dentro de los servicios sanitarios y sociales y que reacción están teniendo las Comunidades autónomas, sobre todo Cataluña.

Con la aprobación de las denominadas “*Directivas de la Cuarta Generación*”¹⁹, el legislador europeo quiso conseguir dos objetivos:

- Incrementar la eficacia del gasto público, aumentando la eficiencia de los procedimientos de contratación y haciéndolos más simplificados
- Hacer que los operadores económicos utilicen mejor la contratación pública para fomentar objetivos sociales comunes, como el medio ambiente, lucha contra el cambio climático, promover la innovación, la inclusión social y proporcionar servicios públicos de calidad.

Y en concreto es la Directiva 24/2014 la que prevé la existencia de un régimen especial de servicios dirigidos hacia el ciudadano, de carácter educativo, social y sanitario.

Es por ello que la Directiva establece un régimen específico para estos contratos públicos relativos a tales servicios por cantidades superiores a setecientos cincuenta mil euros, quedando por tanto sujetos a las normas de transparencia de la Unión.

Al tratarse de una materia especialmente delicada, debe garantizarse la transparencia que permita la igualdad de trato, velando por un servicio de calidad en la prestación de servicio, y no solo por un criterio económico.

Y en ese sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997²⁰, que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad a favor de entidades sin ánimo de lucro, sobre la base del principio de solidaridad,

¹⁹ Directiva 23,24 y 25 de 2014, de 26 de febrero

²⁰ Asunto C-70/95

siendo el objeto del recurso el componente “social”, de la prestación social y/o sanitaria.

Por ello la Directiva, en su considerado 6 establece que “(...) conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva (...)”, o el considerado 114 determina “(...) que determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada (...)”.

Tanto en la normativa comunitaria como en la de los diversos estados miembros, los poderes públicos, siguen teniendo libertad para prestar por si mismos esos servicios sociales, de forma que no necesiten celebrar contratos públicos, sino que basta simplemente con la financiación de servicios, o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan los requisitos previamente fijados, siempre que en dicho sistema se garantice la publicidad suficiente y que cumpla los principios de transparencia y no discriminación. Es por ello que el legislador comunitario, que es muy previsor, da la posibilidad en el art. 77 de la Directiva, de reservar esos contratos, mediante la participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados, en exclusiva para servicios sociales, culturales y de salud, como regula el art. 74.

En este sentido, hay que hacer referencia a la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014²¹, que declaró que los “(...) artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencias debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco normativo y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos, contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa (...)”.

²¹ Asunto C-113/13, as. Croce Rossa italiana

Hace unos meses salió publicada una noticia que desde un punto de vista moral y ético hacía pensar mucho en que se está convirtiendo nuestra sociedad.

Se trataba de una entrevista que le hacían al presidente de las entidades del Tercer Sector, Oriol Illa y decía: *“Es inmoral que Florentino Pérez gestione servicios públicos de atención a las personas en este país”*²², en relación a una de las cuatro adjudicaciones que ha hecho el Ayuntamiento de Barcelona del Servicio de Atención domiciliaria (SAD) a una de las empresas de Florentino Pérez, Clece, del grupo ACS, y cuyo objeto social es el servicio de limpieza.

Pero no es ni el primer caso ni el único que los servicios sociales están siendo adjudicados a grandes empresas mercantiles, sin experiencia alguna en estos temas, propiciando la exclusión de entidades sociales y sin ánimo de lucro que ofrecían este servicio.

En el caso del SAD de Barcelona, otra empresa de la constructora Sacyr ha ganado la licitación y en la Escala, fue la empresa Eulen quien ganó la concesión del Centro de atención primaria municipal, que por suerte fue declarada nula y actualmente está en sede judicial.

Y aunque legalmente es correcto que puedan licitar por estos servicios, puesto que la ley así lo permite, moralmente los propios poderes públicos no deberían permitirlo.

Y prueba de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, CASTA y otros²³, que abre la posibilidad de colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de las prestaciones de personas en sectores sanitarios y sociales.

Lo primero que hay que hacer mención es que esta sentencia es complementaria a de la dictada en su día por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto C-113/13²⁴

²² <http://www.vilaweb.cat/noticies/es-immoral-que-florentino-perez-gestioni-serveis-publics-datencio-a-les-persones-al-nostre-pais/>

²³ Asunto C-50/14

²⁴ [Asunto C-113/13](#)

En el caso CASTA, se trata de una normativa nacional (la italiana), que recoge el principio de la participación de los ciudadanos por medio del voluntariado. Tal principio se concreta a través de diversas leyes y, en este caso, para el servicio de transporte de urgencias sanitarias se previa la celebración de acuerdos marco con organizaciones que representen a las organizaciones de voluntariado y, a partir de aquí, se adjudiquen contratos con estas organizaciones de voluntarios, Cruz Roja u otras instituciones o entidades públicas autorizadas, lo que evidentemente constituía una discriminación frente a empresas que operen en el sector y que no ejerzan una actividad de voluntariado. Ante tal situación, el tribunal administrativo italiano planteó al TJUE las siguientes cuestiones:

La primera cuestión planteada es si se opone el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos (en el presente asunto, dado que se trata de contratos excluidos, los principios generales de libre competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad) a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado primordialmente organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un efectivo reembolso de los gastos.

Según la sentencia: *“Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.”* (Fallo, apartado 1).

La segunda cuestión planteada a este tribunal es si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, si ha de realizarse una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con objeto de limitar el riesgo de realización de gastos ineficientes o inadecuados, y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la normativa nacional que permite la adjudicación

directa, siendo la respuesta de este tribunal que “ (...) *Cuando un Estado miembro permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, una autoridad pública que se propone concluir conciertos con esas asociaciones no está obligada en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones.*” (Fallo apartado 2).

Y finalmente la tercera cuestión que se le planteó es si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, si deben estar sujetas las asociaciones de voluntariado beneficiarias de adjudicaciones directas a límites porcentuales concretos de acceso paralelo al mercado y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la disposición nacional que establece el carácter marginal de las actividades comerciales de estas asociaciones, concluyendo el TJUE que “ (...) *Cuando un Estado miembro, que permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, autoriza a esas asociaciones a ejercer ciertas actividades comerciales, corresponde a ese Estado miembro establecer los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades. Estos límites deben asegurar no obstante que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.*” (Fallo, apartado 3).

Resumiendo, el Derecho europeo de la contratación pública habilita que en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se pueda excepcionar de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, y adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, de mera colaboración.

En todo caso esta posibilidad, con los límites descritos en la sentencia, exige una norma legal que prevea y regule esta posibilidad.

Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos inmorales, como los vistos antes en el Ayuntamiento de Barcelona.

Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad. Y no es necesario, obviamente, esperar a la transposición formal por parte del Estado.

Pero si hay una fórmula que está proliferando como gestión indirecta en la contratación administrativa de los servicios sociales es el “concierto”.

Con la modificación de las nuevas directivas de la “Cuarta generación”, el legislador de las diversas Comunidades Autónomas, están redefiniendo formulas de prestación de servicios sociales.

Las nuevas Directivas de contratación pública han introducido diversas novedades relevantes en relación con los denominados “Servicios a las personas”:

- A. Un tratamiento contractual específico y diferenciado de los demás servicios, teniendo que cumplir los siguientes aspectos:
 - a) aplicar únicamente los Anexos IV, XIV y XVII de las Directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014
 - b) se establecen umbrales específicos para estos contratos
 - c) establecer un régimen de contratación muy flexible

El art. 76.1 Directiva 24/2014 dice “(...) los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión (...).

Por ello los legisladores nacionales deben establecer regulaciones que garanticen los valores propios de estos servicios (calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad) pudiendo además disponer que la elección del proveedor de servicios se realice sobre la base de la oferta

económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y sostenibilidad, tal como establece el art. 76.2 de la Directiva.

- B. Una declaración formal de que tales servicios pueden prestarse igualmente mediante fórmulas no contractuales, ya sea por simples otorgamientos de licencias o autorizaciones o financiación de estos servicios, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación, tal como enuncian los considerandos 54 de la Directiva 23/2014, 114 de la Directiva 24/2014 y 120 de la Directiva 25/2014 respectivamente

La intención del legislador comunitario no era la de imponer a los legisladores de los estados miembros normas de organización y prestación de estos servicios, sino al contrario, otorgar libertad para que cada Estado miembro diseñe el marco jurídico que considere más apropiado.

Volviendo al ámbito de las Comunidades Autónomas, y partiendo de la base de la colaboración privada en el sistema público de servicios sociales, lo que administrativamente se conocía como una fórmula de gestión administrativa indirecta, el concierto, hoy son diversas las Comunidades Autónomas que ya han regulado sobre la materia, entre las que destacan:

Aragón

Decreto-Ley 1/2016, 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (convalidado en junio de 2016).

Asturias

Ley 9/2015, de 20 de marzo, de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales.

Cataluña

Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (convalidado julio de 2016).

Galicia

Ley 8/2016, de 8 de julio, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

Islas Baleares

Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears y Decreto 18/2015, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.

Murcia

Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

En referencia a estas regulación, hay que hacer mención especial al Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de Cataluña.

Esta ley catalana en materia de contratación pública tiene muchas lagunas legales, por lo que puede propiciar cierta inseguridad.

Por ello se duda de su constitucionalidad, primeramente porque una Comunidad Autónoma no puede legislar, en el ordenamiento jurídico español actual, determinadas cuestiones que corresponden en exclusivamente al Estado (art.149.1.18 CE).

La STC 141/1993, de 22 de abril, por Conflicto positivo de competencias, promovido por el Gobierno Vasco²⁵, declaró que *“(...) La normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas (...)”*

²⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1993-13753

Y en el mismo sentido la STC 237/2015, de 30 de abril, sobre el Recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la norma de contratos de las Cortes de Aragón²⁶, que dice “(...) *En aras de los principios de publicidad de la actividad contractual sostenida con fondos públicos y de transparencia de la actuación administrativa, el art. 142.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público ha impuesto la inserción obligatoria, con la sola excepción de los procedimientos negociados distintos de los previstos en el art. 177.1 y 2, de los correspondientes anuncios en los diarios oficiales: Boletín Oficial del Estado, diarios autonómicos o provinciales, según sea el caso. Así, el precepto referido tiene carácter básico pues al fijar el lugar de publicación de la actividad contractual está estableciendo unas reglas tendentes al mantenimiento de la igualdad y la libre concurrencia en la actividad contractual de las Administraciones públicas (...).*”

Junto con el ámbito competencial antes mencionado, el legislador catalán intenta elevar a categoría normativa ciertos criterios de interpretación de las directivas, según su propio art. 1.2 “*abarca los contratos del sector público sujetos y no sujetos a regulación armonizada que tramiten los poderes adjudicadores de la Generalidad de Cataluña y su sector público y los entes locales de Cataluña y su sector público.*”

Es por ello que la Exposición de Motivos del Real Decreto ley 3/2016, defiende su constitucionalidad, argumentando que “(...) *con el fin de evitar que la falta de transposición genere inseguridad, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en fecha de 6 de abril de 2016, ha aprobado el Informe 1/2016, en el cual se concretan qué disposiciones de las directivas aprobadas son de aplicación directa (...)*”

Y así amparándose en el artículo 189.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece que en el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya la normativa básica del Estado, la Generalitat podrá elaborar legislación de desarrollo, y justificando su desarrollo mediante la STC 31/2010, de

²⁶ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14338

28 de junio, Recurso de inconstitucional contra el Estatuto de Cataluña²⁷ que determina“(…) *que este precepto es acorde con la CE y por tanto no afecta a la competencia básica estatal (...)*”, junto con la STC 237/2015, de 19 de noviembre, Recurso de inconstitucionalidad contra normativa de contratación de las Cortes de Aragón²⁸ que “(…) *reconoce a las comunidades autónomas competencias para introducir novedades orientadas a alcanzar una tramitación más ágil y eficaz de los procedimientos de contratación (...)*”, con el fin de convencerse a sí mismo de su legalidad.

Así que la polémica está servida a la espera que se pronuncie nuevamente el Tribunal Constitucional...

IV.- CONCLUSIONES

A lo largo de todo el dictamen, se han ido interrelacionando diversos conceptos: *discapacidad; cláusulas sociales; centros especiales de empleo, tanto con ánimo lucrativo como los no lucrativos; contratos reservados; servicios sociales y sanitarios; concierto; etc...*

Aunque todos de forma independiente tengan su propia naturaleza jurídica, asociarlos ha comportado exponer una realidad que aun habiendo evolucionado respecto de épocas anteriores, tanto los poderes públicos de ámbito europeo, como nacional, autonómico o incluso local les queda mucho trabajo por realizar, teniendo en común todos la Directiva 24/2014.

Podemos afirmar que el legislador ha utilizado las cláusulas sociales como instrumento para impulsar la Economía Social, mediante los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo.

Pero esta instrumentalización junto con las empresas de inserción y con la finalidad positiva y de buena voluntad de dar cumplimiento a las Directivas Europeas, mediante los contratos reservados y así favorecer mediante la contratación pública la inserción social y laboral de personas con discapacidad con especial dificultad, y/o con riesgo de exclusión social, y no simplemente como

²⁷ https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409

²⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-14338

un mero cumplimiento de directrices europeas, se ha encontrado que la ambigüedad con que ha tratado el legislador el tema está propiciando en ocasiones ser contrario al principio de igualdad e ir en contra de su finalidad inicial.

El hecho de que el legislador no haya modificado concretamente el artículo 7 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido, en las tres modificaciones que ha sufrido esta norma en los años 2012, 2011 y 2009 respectivamente, y que cuando se aprobó el TRDDIS en el año 2013, tampoco se hiciera cambio alguno, al determinar los requisitos de creación de los Centros Especiales de Empleo, ha dado lugar a esta situación.

Esto ha generado, que grandes empresas mercantiles, que obtuvieron millonarios beneficios con el “boom de la burbuja inmobiliaria”, ahora estén buscando nuevas formas de financiación a partir de la creación de Centros Especiales de Empleo y así beneficiarse de las subvenciones y ayudas que estos reciben, siendo legal y lícito, desde el punto de vista jurídico, pero inmoral y oportunista desde un punto de vista ético.

Y no solo por obtener una financiación pública sino porque la mayoría de estas empresas contratan a personas con discapacidad “ligera” y generalmente de carácter físico, (recordemos que para la creación de un CEE se necesita que el 70% de su plantilla tengan una discapacidad del 33%), sin interesarles el resto de personas que tienen otras discapacidades y especial dificultades.

¿Y qué pasa con los colectivos de personas con discapacidad con especial dificultad²⁹ para su inserción en el mercado laboral?

²⁹ Se consideraran personas con especial dificultades para la inserción en el mundo laboral:

- Personas con parálisis cerebral, trastorno mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%.
- Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%

Este colectivo de personas a estas grandes empresas no les interesan, puesto que les ocasionan un gasto en profesionales para las unidades de soporte y atención de estas personas (USAP), que con una discapacidad ligera evitan.

Si a ello añadimos que el legislador sobre contratación no se ha pronunciado sobre esta problemática al no especificar en los contratos reservados a CEE si estos debían tener ánimo lucrativo o no, ha generado que estos grandes grupos de empresas, como ACS, SACRY, EULEN, SIFU sean las nuevas adjudicatarias de servicios de jardinería, limpieza, mensajería, conserjería, servicios sociales, que antes tenían los Centros Especiales de Empleo no lucrativos, y que aparte de ofrecer un buen servicio, generaban puestos de trabajos para colectivos de personas con especial dificultad, dando lugar que en la actualidad estos CEE no lucrativos en ocasiones no puedan competir con las bajas que realizan estas grandes empresas, rozando incluso la temeridad, valiéndose de sus CEE.

Existen una pluralidad de guías que han elaborado las diversas asociaciones de colectivos de personas con discapacidad sobre cómo deben ser la inclusión de las cláusulas sociales dentro de la contratación pública. Las administraciones intentan aplicarlas, y humanamente entienden a este colectivo, pero luego dicen: *“es que legalmente es correcto que CLECE sea adjudicataria de un servicio de atención a dependientes, cumple los requisitos de la adjudicación”*.

Uno de los signos distintivos para saber si un CEE es lucrativo o no, aparte de si sus beneficios revierten en la propia institución o se lo reparten entre sus accionistas, es el Convenio Colectivo de aplicación, y así lo ha manifestado la STS Sala de lo Social de 9 de diciembre de 2015³⁰, al determinar que para saber si una empresa es un CEE o por lo contrario, cumpliendo los requisitos legales es una mera apariencia, basta con que su convenio de aplicación sea el de Centros y servicios de personas con discapacidad.

Pero aún lo más grave de esta situación, es que se está ofreciendo paginas por internet donde dicen como reclamo publicitario *“Que es un Centro Especial de Empleo y como beneficia a tu empresa”*³¹

³⁰ [Roj: STS 5773/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5773. Id Cendoj: 28079140012015100763](#)

³¹ <https://leialta.com/blog-de-empresa-familiar/que-es-un-centro-especial-de-empleo/>

Por ello todos los poderes públicos deberían reflexionar sobre la aplicabilidad de las cláusulas sociales, pero no por impositivo legal y con el miedo que les puedan impugnar una licitación, sino por principios, como ser humano, con ética y conciencia social, y lo mismo cuando se trate de un contrato reservado.

Otro tema que es de gran importancia y actualidad y que en este trabajo ha constituido la segunda consulta planteada, ha sido la contratación de servicios sociales y sanitarios utilizando la fórmula del denominado “concierto social”.

Jurídicamente el concierto no es un contrato, ni tampoco una subvención y menos un convenio. Se podría definir como una fórmula no contractual para proveer de servicios sociales y sanitarios. Más bien tendría una “cualificación” de autorización o licencia.

Jurídicamente ya se ha expuesto lo que comporta, y en el caso de Cataluña la problemática que va a ocasionar. Pero también hay que analizarlo desde el punto de vista de su aplicabilidad.

Como acción social podemos incluir tanto los servicios sanitarios como los servicios sociales, que incluyen a las personas dependientes (tanto personas mayores como con discapacidad)

Algunas Comunidades Autónomas intentaron aplicar el concierto en los servicios sanitarios, como fue el caso de Madrid, aunque sin éxito.

En el caso de las personas dependientes se empezó aplicar sobre las personas mayores, las más afortunadas, obtenían una plaza en una residencia en función de sus rentas personales, mediante la fórmula del copago.

Se trata generalmente de personas mayores que han acumulado ciertos ahorros, y que no pudiendo costearse una residencia privada, si pueden asumir la concertada, ya sea con sus recursos o con los que les facilitan sus hijos o familiares.

La problemática ha surgido, cuando este conciertos social y/o copago, se está aplicando en las residencias de personas con discapacidad.

Los poderes públicos han analizado los diversos comportamientos de la población y ha visto que cuando en una familia uno de los miembros, sobre todo el hijo/a, tiene una discapacidad, los padres tienden a protegerles y desde el punto de vista económico incrementando su patrimonio. Consideran que si el día de mañana tiene más patrimonio (ya sea efectivo como terrenal), su bienestar será mejor.

Estos poderes públicos, que tienen y deben proteger a las personas más desfavorecidas, han visto como una fuente de financiación, aplicar el concierto social, mediante el copago en las residencias de personas con discapacidad.

Esto ha generado un gran problema a las personas con discapacidad ya que en ocasiones las familias piensan: *“porqué voy a incrementar el patrimonio de mi hijo con discapacidad si luego cuando necesite una residencia se lo va a llevar la administración”*.

Ello está provocando que muchos padres ante este temor, estén dejando menos patrimonio o ninguno a sus hijos con discapacidad a favor del resto de hermanos, con la buena voluntad de que serán estos los que evitaren la situación antes descrita y les cuidaran.

Pero realistamente el amor de padres no es el amor de hermano, y en muchos casos se van a encontrar, que algo que en su momento hicieron los progenitores con toda su buena voluntad, va a generar una situación mayor de vulnerabilidad.

Se han buscado formulas jurídicas para evitar esa situación, como puede ser el patrimonio protegido, que en principio se creó para obtener beneficios fiscales, y hoy por hoy es la única solución jurídica para evitar esta injusticia.

Pero nuevamente, tanto en el tema de las clausulas sociales como en este del concierto social, los poderes públicos no cumple lo que la Carta Magna en el año 1978 estableció en su artículo 9.2 *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

V.- BIBLIOGRAFÍA

Autores:

- ALONSO MAS, M. J. (directora). *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado*. La Ley Wolters-Kluwer, 2014.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. *La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español*. Revista Española de Derecho Administrativo núm. 172, 2015.
- BERTRÁN AGUIRRE, J.L. EZQUERRA HUERVA, A. (directores). *Atención y protección jurídica de la discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi, 2015.
- BLANCO LOPEZ, F. *Cataluña se independiza de en contratación pública*, 2016.
- BLANCO LOPEZ, F. *Personas con discapacidad*, 2016.
- EZQUERRA HUERVA, A. (coordinador). *El marco jurídico de los servicios sociales en España*. Atelier, libros jurídicos, 2012.
- GIMENO FELIU, J.M. *La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales*, 2015.
- GIMENO FELIU, J.M. *Servicios de salud y reservas de participación ¿Una nueva oportunidad para la mejora de la SNS?*
- GIMENO FELIU, J.M. *Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias*, 2016.
- HERNAEZ SALGUERO, E. *La contratación socialmente estratégica y los criterios de adjudicación*, 2016.
- HERNANDEZ GONZÁLEZ, F.L. *La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos*. Revista el CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho. Núm. 60. Iustel, 2016.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E. *La influencia de la nueva regulación sobre contratación pública en materia de cláusulas sociales*. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad, núm. 42, Social, Iustel, 2016.
- LAZO VITORIA, X. *La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública*, 2016.

- LUCIANO PAREJO, A. *Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros*. Revista de Derecho de la Unión Europea, 2004.
- MARTINEZ FERNANDEZ, J.M. *Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación*, 2015.
- MORENO MOLINA, J.A. *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*. Thomson Reuters. Aranzadi, 2016.
- OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. <http://www.obcp.es/>. Opiniones de:
 - TEJEDOR BIELSA, J. *Entidades sin ánimo de lucro, contratos? in house? y reserva legal de contratos*, 2015.
 - VILLALBA PÉREZ, F. *La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. Revista REALA NUEVA ÉPOCA. Núm. 2, julio a diciembre, 2014.

Normativa comunitaria:

- Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.
- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, Suministro y de Servicios.
- Directiva 23/2014 de 26 de febrero, de contratos de concesión
- Directiva 24/2014 de 26 de febrero, sobre contratación pública
- Directiva 25/2014 de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- Tratado Constitutivo de la Unión Europea

Normativa estatal:

- Constitución Española
- Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público

- Ley 31/2015, de 9 de setiembre 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.
- Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, sustituyendo a la ley 13/1982
- Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de contratos del Sector Público
- Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Normativa autonómica:

Cataluña

- Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública.
- Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y en sus respectivas modificaciones

Jurisprudencia:

- Asunto C-31/87. Asunto Grebieders Beetjes BV
- Asunto C-70/95. Asunto Sodemare
- Asunto C-113/13. Asunto as. Croce Rossa
- Asunto C-50/14. Asunto CASTA

Páginas Webs:

- V Congrés del Tercer Sector, 2016.
(<http://www.congrestercersector.cat/>)
- Guia de contractació publica inclusiva
(<http://contractacioinclusiva.blogspot.com.es/>)