

Cristina Coy Calvo

LOS CONTRATOS PÚBLICOS RESERVADOS

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por el Dr. Josep Maria Sabaté

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2016

INDICE

Pág.

GLOSARIO DE ABREVIATURAS.....	7
MOTIVACIÓN DEL TRABAJO	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO 1.- DIMENSIÓN SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	13
2.1- La Unión Europea: su carácter social.	13
2.2- Política social Estatal: principios constitucionales.	17
CAPÍTULO 2.- DIRECTIVA 2004/18/CE.	21
2.1.- Finalidad de los contratos reservados.	21
2.2.- Objeto de los contratos reservados.	26
2.3.- Sujetos de los contratos reservados.	28
2.3.1.- Sujetos beneficiarios:	28
2.3.2.- Entidades habilitadas:	32
2.3.3.- Subcontratación:	34
CAPÍTULO 3.- LA TRANSPOSICIÓN A LA NORMATIVA ESTATAL.	37
3.1.- La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.	38
3.2.-El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.	40
CAPÍTULO 4.- LA DIRECTIVA 2014/24/UE.....	45
4.1.- Motivación de la nueva Directiva.	45
4.2.- Objeto de los contratos reservados:.....	46
4.3.- Sujetos de los contratos reservados:	50
4.3.1.- Personas beneficiarias:	50
4.3.2.- Entidades habilitadas:	51
4.3.3.- Subcontratación:.....	53
CAPÍTULO 5.- LA NO TRANSPOSICIÓN Y EL EFECTO DIRECTO.....	55

5.1.- El borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015.....	55
5.2.- Modificación del borrador de anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. ..	61
5.3.- El efecto directo de la Directiva:	63
CAPÍTULO 6.- CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS RESERVADOS.	67
CONCLUSIONES	69
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	71
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.	73

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
PIB	Producto Interior Bruto
CEE	Comunidad Económica Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
CE	Constitución Española
TCCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público 3/2007
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
PyMEs	Pequeñas y Medianas Empresas
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial

MOTIVACIÓN DEL TRABAJO

He escogido la contratación pública como tema de mi Trabajo de Final de Grado principalmente por el interés que me genera la gestión pública, pero también porque considero que pasa muy desapercibido en el estudio del Derecho Público en el Grado en Derecho. Si bien es cierto que adquirimos ciertos conocimientos sobre la misma y los procedimientos básicos que ésta sigue, la contratación pública supone una parte imprescindible del funcionamiento de nuestras Administraciones, aspecto en el que no siempre profundizamos.

Personalmente he tenido la oportunidad de conocer de primera mano la gestión de la contratación pública, y una vez que conoces todas las dificultades que se han tenido que superar para poder ofrecer un servicio o una simple mejora cualitativa a los ciudadanos, tu perspectiva cambia. Quizás es un punto de inflexión en el que empiezas a comprender que lo público está sometido a ciertas reglas que no siempre permiten llevar a cabo lo que el ciudadano de a pie considera necesario, y que tras cada pequeña modernización en los servicios hay el esfuerzo de un gran equipo de personas, desde policías, médicos y juristas a técnicos, profesores y directores, que han ideado esa renovación con la mejor de sus intenciones y con la única finalidad de facilitarles, en la medida de lo posible, la vida a sus conciudadanos.

A través de este trabajo pretendo conocer en profundidad los mecanismos de los que dispone la Administración, y de qué forma pueden ser utilizados para mejorar el nivel de vida de los ciudadanos. En concreto he centrado mi trabajo en los contratos reservados por las peculiaridades que contienen. A través del análisis de sus avances legislativos pretendo conocer mejor el sistema de contratación pública y poder ver de qué forma afecta a las políticas sociales.

Pese a ello, abogo por mejorar la gestión pública, entendiendo que dicha mejora debe pasar de forma ineludible por la constitución de la Administración Pública como eje de igualdad social, promoviendo a través de los mecanismos que se tratarán de exponer en el presente Trabajo, la integración y la igualdad de oportunidades de forma efectiva.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública es la actividad por la cual un ente del sector público selecciona a un operador económico, ya sea persona física o jurídica, para la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de un bien, con una finalidad pública. Dentro de ella nos encontramos con los contratos públicos, que son aquellos realizados por poderes adjudicadores y que podrán ser objeto de la reserva a estudiar en el presente trabajo.

Esta compra pública puede realizarse a través de diversos procedimientos, todos ellos encaminados a la consecución de la mayor satisfacción de los intereses generales a través de la obtención de la mejor relación calidad-precio y del cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos por el órgano de contratación. Estos procedimientos están articulados sobre el respeto de unos principios básicos de la contratación administrativa, como lo son el principio de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Sentado lo anterior, los contratos reservados se constituyen como una prerrogativa de la Administración para extraer de la concurrencia del mercado ciertos contratos públicos. Para ello, se delimita el tipo de operadores económicos que pueden acceder al contrato, primando la defensa del principio de igualdad y no discriminación por encima de criterios economicistas.

Con ellos se pretende facilitar el acceso a los contratos públicos a personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social, compensando de esta forma las dificultades que se encuentran ante la imposibilidad de competir económicamente con otros operadores económicos de mayor eficiencia. De esta forma, se sitúa la contratación pública al servicio de ciertas políticas sociales que por su relevancia no pueden quedar apartadas de la gestión pública.

En los capítulos del presente documento analizaremos los aspectos más relevantes de los contratos reservados, exponiendo de forma detallada sus componentes y limitaciones para su máxima comprensión.

CAPÍTULO 1.- DIMENSIÓN SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1- La Unión Europea: su carácter social.

Con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea¹ (transformada posteriormente en la actual Unión Europea²), nuestro Estado pasó a formar parte de una comunidad que, si bien en sus inicios había sido creada con un carácter principalmente económico, con el transcurso del tiempo ha expandido su actividad a otros ámbitos. De entre estos ámbitos, cuenta con especial relevancia la protección otorgada a los ciudadanos de los países que conforman la Unión en materias tan imprescindibles como el consumo, la igualdad de género y, ciñéndonos al objeto del presente trabajo, la protección de los ciudadanos en riesgo de exclusión social.

Si bien es innegable el avance social de las políticas europeas, su origen es anterior a la creación de la propia Unión. En concreto, en 1974 el Consejo Europeo³ adoptó el primer programa de acción social⁴. En él se establecía como uno de los objetivos a cumplir el *“Iniciar la realización de un programa para la reintegración profesional y social de minusválidos, que prevea sobre todo la promoción de experiencias modelo con objeto de reclasificar a los minusválidos en la vida profesional, o, llegado el caso, de su colocación en talleres protegidos, y proceder a un examen comparativo de las disposiciones legales y de las medidas previstas para esta reclasificación en el plano nacional”*

Como podemos observar, mediante esta Resolución se establece un precedente de

¹ En virtud del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas firmada en fecha 12 de junio de 1985, que desplegó sus efectos a partir del 1 de enero de 1986.

² Constituida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht) en fecha 1 de noviembre de 1993.

³ Entendido como parte de la Cooperación Política Europea, ya que el órgano no fue formalizado hasta 1992, mediante el Tratado de Maastricht.

⁴ Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social. Recuperado de: <http://www.discapnet.es/SiteCollectionDocuments/Discapnet/Documentos/Legislacion/0189.htm>

inestimable valor para el tema que se analiza. Y es que el Consejo presenta una propuesta enfocada a evitar o minimizar el riesgo de desigualdad y exclusión generado por las condiciones físicas de los trabajadores europeos. Con ello, se inicia el camino que desembocará en las medidas de fomento y protección de empleo actuales, entre las que se encuentran los contratos reservados.

Posteriormente, en fecha 17 de febrero de 1986, se da firma a la Acta Única Europea⁵ mediante la cual se reconocen nuevas competencias a la Comisión en diversos ámbitos entre los que se incluyen la política social y la cohesión económica y social. Establecida la necesidad de revestir de carácter social el mercado interior que se proyectaba, en 1989 los Estados Miembros⁶ aprobaron la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Carta Social) en el seno de la Cumbre de Estrasburgo. En el artículo 26 de la Carta Social se recogía el derecho de las personas discapacitadas (independientemente del origen o naturaleza de la discapacidad sufrida) a beneficiarse de medidas que estuvieran encaminadas a favorecer su integración profesional y social.

Estos pequeños avances en la materia supusieron que, con la transformación de la Comunidad Económica Europea en la Unión Europea mediante el Tratado de Maastricht, se hiciera uso del propio Tratado para modificar el contenido del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Tal y como se comentaba al inicio del apartado, los objetivos constitutivos de la CEE se ceñían al aspecto meramente económico. Así se reflejaba en el contenido del artículo 2 del TCCEE al establecer como objetivo de la CEE que *“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados Miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más*

⁵ Novak, P. (s.f.). “La evolución hacia el Acta Única Europea”. (*Parlamento Europeo*) Recuperado el 25 de abril de 2016, de

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.2.html

⁶ A excepción de Reino Unido.

estrechas entre los Estados que la integran”. Con el fin de formalizar una unión más allá de lo económico, el TUE modificaba el contenido del referido artículo al que se expone a continuación:

“Artículo 2

La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”

El añadido resulta de vital importancia en el camino emprendido por la Unión Europea ya que la reviste de un carácter social inexistente hasta el momento. Esta ampliación del alcance del acuerdo entre Estados representa la legitimación a favor de la nueva figura jurídica creada para participar de las decisiones y medidas adoptadas en pro de la defensa de los objetivos comunes establecidos y su paulatina unificación.

Esta modificación sirvió de base a las políticas europeas por más de una década, y pese a que durante ese periodo se realizaron diversas modificaciones a los Tratados principales de la Unión⁷, al objeto que se analiza en el presente trabajo, dirigiremos nuestra atención hacia el Tratado de Lisboa⁸.

Y es que mediante este Tratado se realizaron modificaciones substanciales en el artículo 1 y 2 TUE, incluyendo así mismo, un nuevo artículo 1 bis⁹ encargado de establecer los valores que deben dirigir y promover las acciones emprendidas por la Unión Europea, destacando entre ellos “la igualdad”, “el pluralismo” y “la no discriminación”. También

⁷ Por ejemplo, las realizadas mediante el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza.

⁸ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁹ Actualmente su numeración en el TUE responde al artículo 2.

fue parte de esta modificación la sustitución total de la redacción del artículo 2¹⁰, obteniendo como resultado la redacción vigente del mismo. A través de esta reforma del artículo 2 se incluyó en su apartado tercero párrafo segundo los compromisos sociales a cumplir, estableciéndose, entre otros, la lucha contra la exclusión social y la discriminación, el fomento de la justicia y la protección social, constituyéndose como piedra angular de las políticas sociales europeas a desarrollar a partir de ese momento.

Como se ha indicado, la redacción otorgada a través del Tratado de Lisboa a los artículos indicados responde a la actual redacción de los mismos¹¹, siendo éstos los pilares legitimadores de las políticas impulsadas por la Unión Europea, entre las que se encuentra, como no podría ser de otro modo, el origen de los contratos reservados que se analizan. Debe indicarse que el TUE no es el único Tratado de la Unión en el que se recogen estos principios sociales, sino que los mismos también se hallan recogidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A modo de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, podemos encontrar diversas referencias a la protección social y la lucha contra la exclusión social que abandera la Unión en artículos del TFUE tan diversos como lo son los artículos 9 y 10 (referentes a la definición y ejecución de sus políticas y acciones), el artículo 151 (referente a las políticas sociales y al fomento del empleo), el artículo 153 (referente al apoyo de la Unión en el ámbito la integración de las personas excluidas del mercado laboral) o el artículo 166 (referente al desarrollo de políticas de formación profesional para facilitar la inserción y la reinserción laboral).

En relación con todo lo anterior, cabe matizar que el origen de las políticas sociales a través de la contratación pública responde, entre otros motivos, a la gran importancia que ésta supone en el PIB. En concreto, la contratación pública en España representaba aproximadamente un 18,5% de su producto interior bruto, situándose a nivel europeo en el 19%¹² en el año 2012. Dado el gran peso del que goza, la Unión Europea vio en ella un potente mecanismo a través cual facilitar las políticas sociales, promoviendo a su vez

¹⁰ Actualmente su numeración en el TUE responde al artículo 3.

¹¹ Recordando de nuevo las modificaciones numéricas realizadas.

¹² Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Competencia (2015). *PRO/CNMV001/2015 Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Barcelona: CNMV.

la implicación del resto de actores que la conforman. Ante esta situación, se fueron realizando modificaciones legislativas en pro de la inclusión de finalidades sociales a través de la compra pública que permitieran la satisfacción de la finalidad que con el contrato se pretendía cumplir, colaborando a su vez con objetivos sociales de interés general.

Sentado el marco normativo que ha permitido desarrollar la legislación específica europea a través de la cual se han creado los contratos reservados, en el siguiente subapartado entraremos a analizar la normativa marco estatal.

2.2- Política social Estatal: principios constitucionales.

Una vez expuesto el origen de las políticas sociales de la Unión Europea, y recordando una vez más el importante impacto que éstas tienen en nuestro ordenamiento jurídico, es momento de analizar la normativa estatal. Antes de ello, y en aras a evitar una posible confusión, es importante remarcar que el origen de los contratos reservados es de carácter europeo y no estatal, siendo el único objetivo del presente apartado delimitar el encaje constitucional de esta figura jurídica.

Por motivos temporales, iniciaremos el análisis con la llegada de la etapa democrática al Estado español. Tras la dictadura sufrida en España, en 1978 se promulgó la Constitución Española, norma suprema del ordenamiento jurídico español, siendo ratificada mediante referéndum el 6 de diciembre de 1978 y entrando finalmente en vigor el 29 de diciembre de ese mismo año.

El inicio de la nueva época supuso la oportunidad de redefinir España a través de su Carta Magna, dotándola de principios y mecanismos constitucionales que permitieran la reformulación de un estado gravemente perjudicado por la dura etapa anterior. Esta situación abría la puerta a blindar constitucionalmente una serie de derechos y valores

que habían sido completamente olvidados en los últimos 40 años por los dirigentes del país.

Así la situación, el artículo 1 de la Constitución Española introdujo el carácter social del Estado, propugnando a su vez como valores superiores del ordenamiento jurídico estatal la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Lo anteriormente expuesto establece un marco constitucional emergente en el que basar las políticas sociales que a partir de ese momento debía guiar la reconstrucción del país.

Entrando en materia, el artículo 9.2 CE marca las competencias de los poderes públicos indicando que les corresponde a éstos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo, a su vez, los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Junto al citado precepto, el artículo 40 CE indica que compete a los poderes públicos la fomentación de políticas de progreso social así como de aquellas que garanticen la formación y readaptación profesional. Además, el artículo 49 prevé la necesidad de creación de políticas enfocadas a la integración de las personas disminuidas, indicando, a su vez, el especial amparo del que éstos deberán gozar para asegurar el disfrute de los Derechos Fundamentales otorgados a todos los ciudadanos.

Los preceptos reseñados nos fuerzan a señalar que el progreso de la sociedad española debe pasar de forma ineludible por la consecución de la igualdad de oportunidades para todos los miembros que la conforman. Y es que los artículos 9.2, 40 y 49 CE tienen una clara conexión objetiva y subjetiva con los contratos reservados, principalmente porque todos ellos responden a la idea de igualdad, valor superior de nuestro ordenamiento. Más concretamente, los artículos 40 y 49 otorgan protección constitucional a los sujetos beneficiarios de los contratos reservados¹³, esto es, las personas discapacitadas y desfavorecidas, para la consecución del pleno disfrute de sus derechos y libertades constitucionales. Vinculando el contenido de los mismos al del artículo 35.1 CE¹⁴, obtenemos la vertiente objetiva de los contratos reservados al quedar obligados los

¹³ Aspecto que se analizará en los siguientes capítulos del presente trabajo.

¹⁴ “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”

poderes públicos a la promoción de las políticas sociales necesarias para asegurar el disfrute en condiciones de igualdad del derecho al trabajo para todos sus ciudadanos.

Como hemos analizado, el marco constitucional estatal recoge a la perfección las normas básicas necesarias para dar cabida a los contratos reservados previstos por la normativa europea. Este extremo es, por otra parte, deducible, en tanto la Constitución prevé de forma clara la imposibilidad de suscribir Tratados que resulten contrarios a sus disposiciones sin que este hecho conlleve una previa revisión constitucional¹⁵, habiendo de resolver el Tribunal Constitucional si la norma en cuestión resulta contraria a la Carta Magna, debiendo de proceder a su previa modificación para que éste pueda ser ratificado.

¹⁵ Artículo 95 CE.

CAPÍTULO 2.- DIRECTIVA 2004/18/CE.

2.1.- Finalidad de los contratos reservados.

Cómo es sabido, la regulación de la contratación pública no se inició con la Directiva 2004/18/CE¹⁶, pero ésta si fue el resultado de la refundición de las Directivas existentes hasta el momento¹⁷. Aprovechando la compilación a efectuar, el marco europeo apostó por renovar las políticas de contratación pública, siendo uno de los motivos principales la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este aspecto viene a hacer referencia J. A. Razquin Lizarraga al indicar que *“La relevancia de la jurisprudencia comunitaria ha sido reforzada por la nueva Directiva 2004/18/CE, que indica: “la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica los poderes 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 considerando 2” (considerando 1)”*¹⁸.

Del Considerando (1) se desprende que la jurisprudencia anterior a la Directiva había intentado amoldar los espacios abiertos que dejaba la normativa de contratación pública a las necesidades que los Estados iban haciendo manifiestas, procurando satisfacer las demandas que se les planteaban desde el máximo respeto a la ley. En el desarrollo de

¹⁶ 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. DOUE núm. 34, de 30 de abril de 2004, páginas 114 a 240 (127 págs.)

¹⁷ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

¹⁸ Lizarraga, J. A. “El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”. *Revista Jurídica de Navarra* (núm. 37), Página 208. (2004)

esta tarea, los Tribunales Europeos, así como los órganos competentes de la Unión se encontraban frecuentemente con la problemática de no poder primar los aspectos sociales o medioambientales, en tanto se establecía que los mismos únicamente podían responder al precio más bajo o a la oferta económicamente más ventajosa, sin cabida alguna para las finalidades sociales.

La situación descrita es la que enmarca la postura que la Comisión Europea adoptada antes de las modificaciones legislativas introducidas con la Directiva 2004/18/CE. Así queda acreditado a través las declaraciones emitidas por la Comisión Europea¹⁹ en las que indica que *“no cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio.”* Tras esta mediadora introducción, la Comisión entra en materia, llegando a afirmar de forma completamente contundente que *“Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad- precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que queda incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate.”*

En la misma línea, pero en relación a los criterios de selección de los licitadores la Comunicación Interpretativa de la Comisión de la UE, de fecha 15 de octubre de 2001²⁰

¹⁹ Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (Infracción nº 1998/5040) contra Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid.

²⁰ COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001. Bruselas. COM (2001) 566 final.

recuerda la imposibilidad de considerarlos como criterios al recoger que *“Las Directivas enumeran, con carácter exhaustivo e imperativo, los criterios de selección cualitativa, esto es, los relativos a la capacidad técnica, económica y financiera, que pueden justificar la elección de los candidatos o licitadores. Por consiguiente, la utilización de criterios de selección distintos de los previstos en las Directivas sería contraria a la normativa actual.”*

Resultando inviable legislativamente la defensa de finalidades sociales, bien como criterio de adjudicación, bien como criterio de selección de los contratistas, la misma Comunicación abre una posible vía de escape a los Estados Miembros al recordarles que los contratos regulados por las Directivas europeas son aquellos que superan ciertos umbrales económicos. A *sensu contrario*, la Comunicación recuerda a los Estados que los contratos públicos que no estén sujetos a regulación armonizada quedan dentro de sus competencias, pronunciándose en los siguientes términos *“Los Estados miembros tienen, asimismo, la facultad de decidir, dentro de los límites fijados por el Derecho comunitario, si los contratos públicos no contemplados en las Directivas pueden, o incluso deben, perseguir objetivos que no sean el de la «mejor relación calidad-precio», al que apuntan las Directivas sobre contratación pública. Sin perjuicio de la normativa nacional en la materia, en lo tocante a estos contratos, los poderes adjudicadores disfrutan de total libertad para definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación en el marco de sus procedimientos de contratación pública, siempre que observen las normas y los principios generales del Tratado CE, lo que implica, en particular, una transparencia suficiente y la igualdad de trato de los licitadores. Así, podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados.”*

Lógicamente, y tal y como se indica en la Comunicación, esta libertad en los contratos no armonizados queda sujeta a una serie de principios, en especial al principio de transparencia y de igualdad de los licitadores. A modo de ejemplo, y para delimitar el alcance de la discrecionalidad de los Estados miembros, el documento referido expone que *“No obstante, estas prácticas no deberán suponer una discriminación directa o indirecta contra los proveedores de los demás Estados miembros, ni constituir una*

restricción injustificada de los intercambios. De este modo, una reserva de contratos en favor de los licitadores nacionales se considerará contraria a las normas y los principios generales del Tratado CE. Por el contrario, si la participación en los contratos está también abierta a los talleres protegidos de los demás Estados miembros, dicha práctica no se considerará a priori discriminatoria, pero la adjudicación del contrato deberá respetar, en particular, los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia.”

La usual situación de hallarse ante finalidades sociales legítimas, pero ante la imposibilidad de que éstas tuvieran cabida en la estructura de contratación pública existente, acabó provocando, tal y como se ha indicado, la necesidad de enfrentar esta situación desde las instituciones europeas, teniendo como resultado las modificaciones introducidas en la Directiva 2004/18/CE.

Uno de los aspectos de mayor relevancia a los efectos del presente trabajo es la inclusión, por primera vez en la normativa europea, de la posibilidad de reservar la participación en los contratos públicos a ciertos operadores económicos, concretamente, a talleres protegidos, habilitando también la alternativa de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.²¹

Mediante esta novedad, la Directiva 2004/18/CE potencia sin tapujos medidas efectivas en pro de la igualdad de acceso al empleo de las personas discapacitadas. Este punto viene perfectamente expuesto en el Considerando (28) de la propia Directiva²², reconociendo públicamente la importante función que realizan los programas de talleres y empleos protegidos, hecho que no impide, por el contrario, que su eficacia quede limitada ante la imposibilidad práctica de que les sean adjudicados contratos públicos.

²¹ Estos aspectos serán analizados en posteriores subapartados.

²² (28) 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.

La autocrítica realizada a través del referido Considerando debe ser valorada positivamente, suponiendo un cambio de normativa europea que permite potenciar desde lo público una correcta gestión social de los recursos existentes.

Y es que ese debe ser considerado el objetivo final de los contratos reservados, la posibilidad de utilizar los mecanismos de los que la Contratación Pública dispone para igualar las oportunidades de sus ciudadanos más desfavorecidos. No debemos caer en el equívoco de pensar que la eficiencia de la compra pública es incompatible con el aprovechamiento de sus medios para la defensa de la igualdad de oportunidades, ya que todos los estratos de las Administraciones Públicas pueden, y deberían, involucrarse en la medida de lo posible en la consecución de una igualdad que supere lo meramente formal.

En estos términos se pronuncia J.M. Gimeno Feliu²³ al expresar que *“La Comunidad es un ente que tiene una alta vocación social, motivo por el que la Comunidad Europea, a través de sus concretas políticas y regulaciones, no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria. Y tal exigencia deriva del propio contenido de los artículos 2 y 3 TCE, ya que la función social del mercado interior debe servir en definitiva para mejorar las condiciones sociales y medio ambientales del ciudadano. Y de conformidad a esta exigencia se ha desarrollado la actuación de la Comisión, que ha realizado un esfuerzo de coordinación de la política de competencia con el resto de las políticas económicas y sociales, siendo uno de los principales objetivos desarrollar una política de competencia acorde con una política de defensa del empleo, de la productividad y de los intereses de los consumidores y usuarios y de respeto al medio ambiente. Y es que la eficacia económica no puede ir desligada de los intereses concretos de los ciudadanos-consumidores, pues éstos conforman una pieza clave del sistema*

²³ Gimeno Feliu, J., Andreu, A., Beltrán, A., Blanco López, F., Lacruz Lázaro, M., López-Ibor, V., . . . Pleite, F. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier. (2004).

económico y, como tales deberán ser considerados (y así se recoge en el artículo 6 TCE.) Y esto, tiene su trascendencia en el caso que ahora nos ocupa, pues cualquier decisión sobre contratación pública, además de orientada a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, deberá también servir a los intereses sociales.” Convergen con este posicionamiento otros autores europeos, entre los que se encuentra, por ejemplo, C. Tobler²⁴.

A modo resumen, y como hemos ido desgranando, la creación de los contratos reservados en la normativa europea responde a la necesidad de crear mecanismos que la adecuaran a las prácticas sociales de los Estados miembros. La finalidad de los contratos reservados, por noble y justa, no podía quedar sin reflejo en la normativa europea, mensaje enviado por los Estados que la Unión comprendió a la perfección, enfocando su legislación hacia una compra pública con objetivos más profundos y loables que el simple rendimiento económico.

2.2.- Objeto de los contratos reservados.

Habiendo establecido la finalidad de los contratos reservados, se entrará a analizar el objeto de los mismos.

El artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE establece que los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, así como reservar su ejecución. Como se desprende de una interpretación literal del referido artículo, el objeto de los contratos reservados son los contratos públicos. Estos a su vez, vienen definidos en el artículo 1.2.a) de la misma directiva. Se definen los contratos públicos como *“los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la*

²⁴ Sobre este tema véase: Tobler, C. “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”. *European Law Review*(núm. 6), 618-631. (2000).

ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.”

Dada la definición abierta que otorga la Directiva, para delimitar el objeto de los contratos públicos deberemos acudir a las pertinentes definiciones de contrato público de obras, contrato público de suministro y contrato público de servicios, las cuales se hallan respectivamente en los artículos 1.2.b), 1.2.c) y 1.2.d) del mismo texto legislativo. Independientemente de la calificación que obtenga el contrato (ya sea de obra, de servicios o de suministros), la normativa no entra a delimitar el tipo de contrato que puede someterse a reserva, por lo que este aspecto queda bajo la consideración de los poderes adjudicadores. Lógicamente, los contratos reservados deben poder ser ejecutados por los sujetos a los que se les reserva, pero en cuanto a lo que establece la normativa, no se desprende una limitación por cuestión del sector al que pertenezca el contrato.

Definidos los contratos públicos es obligado recalcar que la reserva por parte de los poderes adjudicadores no es ilimitada. Existen, como es lógico, una serie de condiciones a cumplir para poder llevar a cabo la reserva. Estas condiciones se han ido incluyendo a través de las actualizaciones de la normativa europea, así como por las consideraciones que se han introducido en la normativa estatal a través de su transposición.²⁵

Avanzando en el análisis, cabe comentar un aspecto vinculado a los contratos reservados: el procedimiento para su adjudicación. Pese a que no se encuentra especificado en la cláusula 19 de la Directiva, debe entenderse que los contratos reservados no necesitan de un procedimiento concreto, ni constituyen uno especial. Esto es así en tanto cabe la posibilidad de que se configure como contrato reservado cualquiera que se esté siguiendo a través de procedimiento abierto o mediante procedimiento negociado, aunque éste último, por su propia naturaleza, se base en la posibilidad de escoger a ciertos operadores económicos con los que negociar el contenido del contrato para adaptarlo lo máximo posible a las características que solicita

²⁵ Las condiciones a las que se encuentran sometidos los contratos reservados serán tratadas en el Capítulo VI del presente trabajo.

el poder adjudicador. Cabe añadir que, de todos modos, la posibilidad de realizar contratos reservados no eximiría a las Administraciones Públicas de cumplir con los requisitos exigidos para el acceso al procedimiento negociado que establece la legislación²⁶.

Siendo esta la situación, la lógica jurídica nos indica que la reserva de contratos públicos es viable con independencia del procedimiento por el que se sigan, ya que la reserva afecta a la delimitación de los licitadores que presentaran oferta, siguiéndose a partir de éste punto, las características del procedimiento escogido. En el caso del procedimiento abierto, sus características²⁷ establecen que cualquier operador económico podrá presentar oferta, manteniendo esas mismas condiciones para los contratos reservados, pero siendo únicamente los sujetos a los cuales se les reserva entre los que operará el principio de concurrencia.

2.3.- Sujetos de los contratos reservados.

Asentado lo anterior, se analizarán los sujetos que pueden ser partícipes de los contratos reservados según se establece en la Directiva 2004/18/CE. Para una mejor y más sencilla exposición del contenido del apartado, éste se dividirá en diferentes subapartados en función de los sujetos que participan de los mismos:

2.3.1.- Sujetos beneficiarios:

A los efectos de este subapartado se considerarán “sujetos beneficiarios” aquellos operadores económicos a favor de los cuales pueden realizarse los contratos reservados.

²⁶ Artículos 30 y 31 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁷ Artículo 1.11.a) Directiva 2004/18/CE: «Procedimientos abiertos» son los procedimientos en los que cualquier operador económico interesado pueda presentar ofertas.

En el contexto de la Directiva 2004/18/CE, el referido artículo 19 establece que podrá reservarse la participación a los talleres protegidos o reservar la ejecución de los contratos públicos 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.

En primer lugar, la definición de talleres protegidos debe ser entendida como la de aquellos centros enfocados a personas con discapacidad donde se adecua la carga y el método de trabajo a la capacidad de los individuos que conforman el grupo, con la finalidad de integrar paulatinamente y en la medida de lo posible a personas discapacitadas en el ámbito laboral ordinario. Así las cosas, los talleres o centros de empleo protegido²⁸ se erigen como centros de gran utilidad en la formación y experiencia profesional de personas con discapacidad que debido a la tipología y grado de la deficiencia sufrida presentan dificultades para su inserción en el mundo laboral.

Por su parte, los programas de empleo protegido son conformados por las políticas sociales estratégicas aplicadas por las Administraciones Públicas con la finalidad de fomentar la inserción laboral de las personas discapacitadas en los diferentes ámbitos laborales del Estado.

Ambos tipos de entidades tienen en común el objetivo de servir a la integración completa y efectiva de las personas discapacitadas, convirtiéndose en piezas clave de la normalización laboral. Este hecho acaba revirtiendo en la normalización del día a día de las personas afectadas, haciéndolas partícipes de actividades laborales a las que difícilmente podrían acceder en empresas ordinarias. Como se ha indicado, estos entes son los posibles beneficiarios de los contratos reservados, no habilitando la normativa europea ninguna otra posibilidad. En este punto es importante recordar que la Directiva 2004/18/CE únicamente se aplica a los contratos armonizados, por lo que los sujetos que pueden ser beneficiados sólo lo son en relación a los contratos armonizados. A *sensu contrario*, la normativa de cada Estado Miembro puede determinar o ampliar la

²⁸ El concepto “talleres protegidos” fue transpuesto a nuestro Derecho interno mediante la expresión “Centros de Empleo Protegido” en la Ley de Contratos del Sector Público.

tipología de sujetos beneficiarios de los contratos reservados, siempre y cuando éstos lo sean en relación a los contratos no sujetos a regulación armonizada.

En el caso del Estado español, la transposición a Derecho interno del contenido del artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE se realizó en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público. En ella se limitaba a recoger lo expuesto por la Directiva sin prever la posibilidad de realizar contratos reservados no sujetos a regulación armonizada con otros operadores económicos que no fuesen los recogidos por la normativa europea. A este aspecto viene a hacer referencia P. Batet Jiménez²⁹ al indicar que *“Hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional citada únicamente contempla la reserva del contrato a favor de los Centros Especiales de Empleo o en el marco de programas de empleo protegido. Por ello, otro tipo de entidades como las Empresas de Inserción solo podrán obtener este tipo de beneficio en los contratos menores (que se adjudican directamente) o en los procedimientos negociados sin publicidad (donde se invita al menos a tres empresas a participar en el procedimiento). La norma autonómica sí puede ampliar los beneficiarios de esas reservas, así lo ha hecho la Ley Foral 6/2006 de Navarra que amplía la reserva a Centros de Inserción Sociolaboral, y además establece un mínimo del 6% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario anterior para los contratos reservados.”*³⁰

El desarrollo normativo al que hace referencia Pilar Batet viene contemplado en la Disposición Final Séptima de la LSCP en la que se clasifica como legislación básica la Disposición Adicional Séptima del propio texto legislativo, en tanto ésta ha sido dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª CE. En base a la posibilidad de ampliar los sujetos beneficiarios (tal y como ha hecho Navarra), la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Generalitat de Cataluña, en su artículo 35 amplía los sujetos beneficiarios al indicar que *“En los términos establecidos*

²⁹ Jiménez, P. B. “Las cláusulas sociales en la contratación pública”. *Contratación Pública – Noticias Jurídicas*. (2011). Recuperado el 21 de abril de 2016 de Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4681-las-clausulas-sociales-en-la-contratacion-publica/>

³⁰ La reserva obligatoria del 6% se estableció a través de la modificación introducida por la Ley foral 13/2009, de 9 de diciembre.

por el presente artículo, los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalidad deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral reguladas por la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por las normas del Estado y de la Generalidad que los sean aplicables y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato.”

En el caso de Cataluña, se incluyen entidades sin ánimo de lucro que también promuevan la integración laboral o social de personas en riesgo de exclusión, y no únicamente la de aquellas entidades destinadas a personas con discapacidad. De igual forma que la normativa navarra, la ley catalana establece una reserva social destinada a contratos reservados que fija en el 20% del importe contratado en el ejercicio anterior que se haya realizado mediante contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía³¹ cuyo objeto fuesen las prestaciones a que se refiere el primer inciso del apartado 2 del artículo 35.³²

Siguiendo la línea de actuación iniciada por Cataluña en 2004³³, encontramos otras normativas autonómicas que han ampliado los sujetos beneficiarios de los contratos reservados, estableciendo algunas de ellas reservas sociales preceptivas tal y como lo hizo la normativa catalana. Algunos ejemplos son:

³¹ Artículo 35.6 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

³² Artículo 35.2 Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas: Los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles; los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración y de recogida y transporte de residuos, y los servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración. Sin embargo, los órganos de contratación pueden ampliar la reserva a otros objetos contractuales, dependiendo de la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los centros, empresas y entidades a que se refiere el presente artículo.

³³ El artículo 35 de la Ley 31/2002 fue redactado por el artículo 19 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas. DOGC 21 de julio.

- País Vasco: “Acuerdo del Consejo de Gobierno, sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público” aprobado el 29 de abril de 2008.
- Comunidad Autónoma de Valencia: Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, que regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad.
- Comunidad Autónoma de Andalucía: Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

2.3.2.- Entidades habilitadas:

Habiendo delimitado el ámbito subjetivo de aplicación de los contratos reservados previstos en la Directiva 2004/18/CE, así como de aquellos no sujetos a regulación armonizada, debemos analizar de forma breve la contraparte del contrato público.

Tal y como se ha indicado en el apartado 2.2 del presente trabajo, los contratos públicos son aquellos realizados entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores. Mediante esta definición la Directiva delimita la legitimación activa de los organismos públicos que pueden ejercer la compra pública.

Para desgranar el concepto de “poder adjudicador” debemos dirigirnos al artículo 1 apartado 9 del mismo texto legislativo, en el que se indica que *“Son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público. Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo:*

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.”

El precepto continua indicando la existencia de listas no exhaustivas en el Anexo III que recogen los organismos y las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c), *ut supra* expuestos.

En el caso de España, se especifica en el Anexo III que serán considerados organismos de Derecho Público los siguientes:

- Los organismos y entidades de derecho público sujetos a la «Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», salvo los que forman parte de la Administración General del Estado.
- Los organismos y entidades de derecho público sujetos a la «Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», salvo los que forman parte de la Administración de las Comunidades Autónomas.
- Los organismos y entidades de derecho público sujetos a la «Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», salvo los que forman parte de las Corporaciones Locales.
- Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

En conclusión, los organismos indicados en el presente subapartado son las entidades legitimadas para la realización de contratos públicos, y por tanto, para la constitución de los contratos reservados previstos en la Directiva.

2.3.3.- Subcontratación:

Una vez establecidos los sujetos beneficiarios de los contratos reservados, cabe analizar la posibilidad de que se realice una subcontratación por parte del licitador. La figura de la subcontratación se encuentra recogida en el artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE así como en el artículo 210 de la Ley de Contratos del Sector Público³⁴. En ambas normativas, más allá de la obvia relación que las vincula, se establecen una serie de requisitos indispensables para la aceptación de la subcontratación. Como es lógico, los requisitos mencionados hacen referencia a la subcontratación de los contratos públicos, no entrando a hacer especial regulación de este régimen en relación a los contratos reservados. Por ello, y a efectos del presente trabajo, debe valorarse si estas condiciones son aplicables al régimen del contrato reservado y como podría afectar la subcontratación a su naturaleza.

Principalmente, el primer problema a analizar sería la posible desvirtualización del carácter subjetivo de la reserva efectuada. Esto es, que dada la condición de aptitud requerida a las empresas a favor de las cuales se realiza la reserva, una subcontratación de las prestaciones del contrato podría ir contra la naturaleza de la propia figura al recaer sobre una empresa ordinaria que no dispusiera de la misma habilitación.

A este aspecto hace referencia el Informe de la Junta Consultiva de Aragón de 8 de junio de 2011³⁵. En él la Junta se refiere a la doctrina contenida en el Informe 1/2010

³⁴ Una vez realizada su transposición a Derecho interno.

³⁵ Informe 16/2011, de 8 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados.

del mismo órgano³⁶ referente a la subcontratación en los contratos públicos para valorar su aplicación en el caso específico de los contratos reservados.

La doctrina recogida en el Informe de 2010 a los efectos que nos interesan se basa en los siguientes puntos:

- El órgano de contratación puede reducir y eliminar la posibilidad de subcontratación en los pliegos. La prohibición de la misma debe justificarse adecuadamente en la preparación del contrato y debe resultar conveniente a los fines del mismo.
- Los pliegos o el anuncio de licitación podrá establecer que los licitadores hagan constar la parte del contrato que subcontratarán, indicando el importe y la identificación y/o perfil empresarial de los subcontratistas.
- Los pliegos pueden establecer un porcentaje máximo de subcontratación. Según se recoge en la LCSP, en caso de no establecerse un límite especial, éste no podrá superar el 60% del importe de adjudicación. Este límite es el máximo permitido por tal de evitar la novación contractual y la desvirtualización del carácter parcial de la subcontratación en los contratos administrativos.
- Los límites a establecer por el órgano de contratación pueden ser de carácter cuantitativo y cualitativo.

Expuesto lo anterior, la Junta considera en su Informe de 2011 que las apreciaciones reproducidas son perfectamente aplicables a los contratos reservados, en tanto éstos se encuentran sometidos a las reglas generales de la subcontratación, considerando además, la necesidad de un nivel especial de cautela para el caso que nos ocupa.

³⁶ Informe 1/2010, de 17 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Criterios de aplicación del artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por ello, entiende la Junta de Aragón que en caso de que se permita la subcontratación (sujeta a los límites ordinarios establecidos por la Directiva, así como por la LSCP) lo más adecuado sería establecer límites cualitativos en lugar de aquellos cuantitativos. A título de ejemplo, se indica que *“tendría sentido prohibir la subcontratación en un contrato reservado cuyo objeto sea la limpieza de un edificio, o el mantenimiento de una jardinería, y resultaría adecuado permitir la subcontratación de alguna prestación (v gr. recogida, transporte y entrega de la documentación a digitalizar) en un contrato reservado cuyo objeto fuera la digitalización de unos expedientes administrativos.”* Así mismo, y en relación a los requisitos establecidos por la LCSP se pronuncian María Jesús Madrigal, Esteban Manuel Vélez Fraga y Guillermo González de Olano³⁷ indicando que *“Se introduce así, con carácter general, la exigencia de que deba acreditarse por el licitador o el contratista principal que sus subcontratistas disponen de la solvencia técnica o profesional suficiente para la ejecución de la prestación a realizar.”*

Analizando la posibilidad de que el órgano de contratación prohíba la subcontratación en los pliegos, entiende la Junta, así como la que subscribe, que la justificación solicitada es de sencilla defensa, en tanto la propia naturaleza y finalidad de los contratos reservados se encuentran basadas en la subjetividad de elección del licitador.

Finalmente el Informe de 2011 recuerda, en relación con todo lo anterior, que el incumplimiento de los requisitos expuestos en este subapartado supondría una novación subjetiva encubierta, suponiendo ésta una infracción legal tanto por la novación no autorizada como por la desvirtualización de la finalidad de los contratos reservados.

³⁷ Esteban, M. J., Manuel Vélez Fraga, & Guillermo González de Olano. “La futura regulación de la contratación pública: El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*(16), 41-55. (2007).

CAPÍTULO 3.- LA TRANSPOSICIÓN A LA NORMATIVA ESTATAL.

Según se establece en el artículo 288 TFUE, la Directiva *“obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.”*

Como se desprende de lo estipulado en el artículo 288 TFUE, los obligados por las Directivas son los Estados, por lo que únicamente éstos deberían encontrarse vinculados por las mismas, no generando, *a priori*, efectos generales frente a personas físicas o jurídicas, siendo la expuesta una de las características que la diferencian de otros instrumentos normativos. En esos términos se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón³⁸, indicando a su vez que *“partiendo de este carácter, la eficacia plena de las Directivas en los Estados miembros requiere la incorporación de su contenido al ordenamiento jurídico, mediante la correspondiente transposición.”*

Pese a esta indicación, la Junta también entra a analizar la validez de la Directivas durante el periodo de transposición, referenciando para ello la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 1997 en el Asunto Inter-Environnement Wallonie, en el que el Tribunal Europeo señala que *«Ciertamente la originalidad de las Directivas reside en la fijación de un plazo que tiene por objeto proporcionar a los Estados miembros el tiempo necesario para adoptar medidas de adaptación de su derecho interno y en el transcurso del cual no puede reprochárseles, como es lógico, la ausencia de una concordancia absoluta entre sus ordenamientos jurídicos y el contenido de aquellas. (..) No es menos cierto sin embargo, que el objetivo último de esta singular técnica de legislación en dos tiempos radica en conseguir que, al término del mencionado plazo, se haya alcanzado efectivamente el resultado prescrito por la Directiva. De tal modo que si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas de transposición antes de expirar el plazo, se deduce*

³⁸ Informe 17/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón de fecha 3 de diciembre. Asunto: Efecto de las Directivas de Contratación Pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Pública de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo.

que durante dicho tiempo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva».

Establecida la obligación de transposición a Derecho interno del contenido recogido en las Directivas europeas, analizaremos el proceso seguido en la transposición de la Directiva 2004/18/CE a la normativa española, así como la posterior modificación de la normativa nacional.

3.1.- La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

La Directiva 2004/18/CE fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 30 de abril de 2004, entrando en vigor el día de su publicación³⁹. El período de transposición se fijó a través del artículo 80.1 de la Directiva, estableciendo como plazo máximo para su efectiva realización el día 31 de enero de 2006.

La transposición en España dio como fruto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.⁴⁰ Como podemos detectar, la ley se publicó una vez finalizado el periodo máximo de transposición otorgado, sobrepasándolo en más de un año. Pese a ello, la LCSP entró en vigor a los seis meses de su publicación, a excepción de su Disposición Transitoria Séptima⁴¹ que entraría en vigor al día siguiente, tal y como se establece en su Disposición Final Duodécima.

Más allá de la obligación de transponer el contenido de la Directiva, la LCSP se erigió como la oportunidad de reformular la normativa de contratación estatal. Esta consideración se recoge en la Exposición de Motivos (I) al indicar que “(...) *aun siendo la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo*

³⁹ Según se desprende del contenido del artículo 83 de la misma Directiva.

⁴⁰ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2007.

⁴¹ Relativa a la Aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se constriñe a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.”

Remarcado lo anterior, y en pro de la correcta acotación al tema que nos ocupa, nos centraremos en el análisis de la normativa referente a los contratos reservados. Habiendo analizado la innovación que supuso la posibilidad de realizar reservas de contratos en la Directiva 2004/18/CE, su traspaso a la normativa estatal resultó bastante plano. En concreto, la Disposición Adicional Séptima (en la que se encuentra la regulación de los contratos reservados) únicamente hace una variación a lo establecido por la Directiva: aumenta el porcentaje de trabajadores necesarios para poder ser sujeto beneficiario de la reserva de ejecución del contrato. Recordemos que el artículo 19 de la Directiva habilitaba dicha reserva en el marco de programas de empleo protegido cuando “la mayoría” de los trabajadores afectados fuesen personas discapacitadas. En cambio, la LCSP aumenta este porcentaje hasta el 70%, lo que dificulta la reserva de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, reduciendo el número de sujetos beneficiarios. Por el contrario, con esta medida el Estado se asegura el cumplimiento de la finalidad de la reserva, beneficiando y protegiendo el objetivo de la norma europea para el que fue previsto.

Como se puede apreciar, también existe un cambio de denominación, en tanto la ley estatal establece como sujetos beneficiarios a los “Centros de Empleo Protegido”, en lugar de a “talleres protegidos”⁴². Este aspecto, más allá de la simple adaptación de la denominación europea, sorprende por el hecho de que el legislador español no aprovechara la oportunidad para incluir otras entidades de idéntica finalidad en su

⁴² Este aspecto fue indicado en la Nota al pie 28 del presente documento.

normativa, haciendo referencia concreta a las Empresas de Inserción. Pues bien, cabe decir que en esta ocasión, el legislador estatal no tuvo margen de maniobra. Y es que temporalmente la LCSP fue publicada en octubre de 2007, mientras que la Ley 44/2007 para la regulación del régimen de las empresas de inserción no fue publicada hasta el 13 de diciembre. Siendo ésta la situación, el legislador no disponía de ninguna figura legal que respaldara la inclusión de estas entidades en la LCSP, imposibilitando su expresa mención.

De la misma forma que la Directiva, la LCSP establece la obligación de que la condición de reservado del contrato conste en el anuncio de licitación, indicando ambos preceptos la necesidad de que se referencien los mismos. Estas medidas se aplican en cumplimiento del principio de publicidad, alegando la necesidad de que el futuro licitador conozca las condiciones del contrato público anunciado.

En cuanto a su carácter, tanto la norma europea como la estatal simplemente habilitan la posibilidad de que los órganos de contratación realicen la reserva. Por ello, en última instancia corresponde a los poderes adjudicadores determinar la utilización de este mecanismo.⁴³

3.2.-El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Trascurridos 4 años desde la entrada en vigor de la LCSP, y debido al gran número de leyes que realizaron modificaciones sobre la misma⁴⁴, el Estado decidió refundir la normativa. Para ello, se promulgó el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del

⁴³ En este sentido: Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

⁴⁴ Dichas Leyes son las siguientes: el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la

Sector Público⁴⁵ que entró en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, según se establece en su Disposición Final Única.

Gracias al bagaje que había permitido obtener la LCSP, la refundición efectuada con el TRLCSP supuso una nueva oportunidad para actualizar la normativa de contratación. En este caso, y teniendo en cuenta todo lo expuesto, era de esperar una modificación en la regulación de los contratos reservados en beneficio de, como mínimo, las Empresas de Inserción. Llegado el momento, la modificación no se efectuó. Al contrario, con la promulgación del Texto Refundido la única alteración reseñable fue la modificación de la numeración, en tanto los contratos reservados pasaron a estar regulados en la Disposición Adicional Quinta. Como se indica, la redacción del precepto que los regula permaneció intacta.

Muchas eran las voces que defendían la posibilidad de incluir entre los sujetos beneficiarios de los contratos reservados a otras entidades que no fuesen los Centros Especiales de Empleo. Entre ellas, destaca la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón⁴⁶ que consideraba que su origen no correspondía de manera exclusiva al contenido de la Directiva 2004/18/CE, sino que ésta se encuentra legitimada por los principios constitucionales que rigen nuestro

morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴⁵ 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. BOE núm. 276 de 16 de noviembre de 2011.

⁴⁶ Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la FEDERACIÓN DE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS DE ZARAGOZA (FETRAZ), frente al procedimiento de licitación denominado “Servicio de traslados de puestos de trabajo de unidades administrativas, su equipamiento y documentación y de traslado de archivos, organización de almacenes y preparación de actos institucionales en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón”, promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

Estado. A los efectos de la inclusión de las Empresas de Inserción como sujetos beneficiarios de los contratos reservados, la Junta consideraba que aunque *“la mencionada Disposición parece limitar la posibilidad de reservar la participación, en procedimientos de adjudicación de contratos, únicamente a los Centros Especiales de Empleo (...) esta interpretación, que pudiera extraerse de una primera lectura, debe ser matizada a la luz de la Directiva 2004/18/CE, tanto del su artículo 19, como de su expositivo 28.”* El acuerdo aclara que la posibilidad de reservar un contrato, conforme a la Directiva comunitaria lo es *“no en función de la tipología, sino en función de que la reserva atienda a la finalidad de contribuir eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad, o dificultades, en el mercado laboral.”* ya que la interpretación a realizar del artículo 19 y del Considerando 28 de la Directiva deben responder *“a una interpretación funcional y no formal.”*

Todo lo anterior deriva del hecho de que la competencia referente a la regulación de la tipología jurídica de empresas o personificaciones del empleo protegido que puedan ser beneficiarios de la reserva pertenece a los Estados miembros. Por ello, *“la Directiva Comunitaria no desciende, ni puede hacerlo, a concretar las figuras jurídicas concretas beneficiarias de contratos reservados.”* Las anteriores consideraciones se basan, además, en el hecho de que las Empresas de Inserción junto a los Centros Especiales de Empleo son las únicas de carácter social que contempla nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Pese a ello, para ver efectuada la lógica y esperada actualización tuvimos que esperar a la aplicación del artículo cuarto de la Ley 31/2015⁴⁷ mediante el cual se modificaba el contenido de la Disposición Adicional Quinta del TRLCSP al siguiente redactado: *“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 reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007,*

⁴⁷ 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 autónoma y de la Economía Social. BOE núm. 217 de 10 de septiembre de 2015.

de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social.

En el referido 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 las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.”

La nueva redacción, aunque tardía, responde a las interacciones que se habían realizado; Por un lado a la interpretación sistemática que de su contenido se había llevado a cabo, y por otro, a la modificación del porcentaje de empleados mínimo para la reserva de ejecución que se preveía en la Directiva 24/2014/UE, en periodo de transposición en esos momentos.

En cuanto a la subcontratación, la redacción que se otorga en el TRLCSP no sufre ninguna alteración relevante en cuanto a su aplicación a los contratos reservados. En él únicamente se concretan nuevas valoraciones referentes al subcontratista (como por ejemplo, que éste no gozará de acción directa ante la Administración), manteniendo las disposiciones efectuadas en la LCSP, incluido el porcentaje máximo de subcontratación en el 60 por ciento.

CAPÍTULO 4.- LA DIRECTIVA 2014/24/UE.

4.1.- Motivación de la nueva Directiva.

Transcurridos 10 años desde la publicación de la Directiva 2004/18/CE⁴⁸, desde las instituciones europeas se consideró que había llegado el momento de actualizar la normativa referente a la contratación pública. Para ello, se inició un proceso de reformulación de los mecanismos y estructuras de la contratación pública a nivel europeo, obteniendo como resultado la actual Directiva 2014/24/UE⁴⁹.

Y es que pese a su funcionalidad, diversos habían sido los problemas prácticos detectados que la antigua normativa no era capaz de remediar. Por ello, tal y como se expone en el Considerando (2) de la nueva Directiva, la meta de alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador hacía necesaria la revisión y modernización de las normas en materia de contratación pública. Esta mejora no deja de lado el trasfondo social, fijando entre sus objetivos la posibilidad de *“permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.”* En cuanto a su vertiente práctica, la nueva Directiva aclara determinadas nociones y conceptos en beneficio de la seguridad jurídica, incorporando aspectos que habían sido reiterados por la jurisprudencia europea.

En cuanto a la perspectiva de futuro, añade el Considerando (121) una pequeña reflexión en la que indica que *“Una mejor orientación, información y asistencia a los poderes adjudicadores y los agentes económicos podría también contribuir en gran medida a hacer más eficiente la contratación pública gracias a mejores conocimientos, a una mayor seguridad jurídica y a la profesionalización de las prácticas de contratación.”* Con ello queda manifestada la voluntad de mejora de la contratación, defendiendo una continua mutabilidad de la normativa que posibilite la adaptación a la continua evolución del sector.

⁴⁸ Referenciado en la nota al pie número 16 del presente documento.

⁴⁹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Todo lo anterior sirvió de base para impulsar la nueva Directiva, que en la actualidad se postula como un regenerador de la contratación pública a través del cual deben implantarse mecanismos enfocados a la eficiencia económica y sistemática que permitan una compra pública compatible con los avances tecnológicos y legislativos conseguidos, facilitando y simplificando sus procesos para mejorar el acceso a los contratos públicos, abogando por una redistribución equitativa de los recursos empleados, todo ello, enmarcado en la firme defensa medioambiental y de la igualdad de oportunidades.

4.2.- Objeto de los contratos reservados:

En el contexto de la nueva Directiva 2014/24/UE el objeto de los contratos reservados permanece intacto. Esto se debe a que, como se expuso en el Capítulo II apartado segundo, la normativa europea no restringe la posibilidad de reservar contratos a un único sector, sino que deja a consideración de los poderes adjudicadores qué tipo de contratos deberán ostentar esta categoría.

Por ello, y pese a las novedades que introduce la nueva Directiva, el objeto de los contratos objeto de estudio en el presente trabajo no se encuentra afectado por las modificaciones, siendo la única especificación realizada al efecto la incluida en el Considerando (36) al indicar que la reserva puede afectar al procedimiento de adjudicación íntegro o únicamente a alguno de sus lotes. Por su parte, esta especificación no se ha visto transpuesta al artículo 20 de la norma europea, encargado de la regulación de los contratos reservados, debiéndose entender que procede una interpretación sistemática de la Directiva, en tanto su estructura general va enfocada a la promoción de la división por lotes de los procedimientos de adjudicación en pro del acceso de las PyMEs a los contratos públicos.

Aclarado lo anterior, no es posible continuar el análisis sin hacer mención del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE. Este artículo, sin precedentes en las directivas sobre contratación públicas anteriores, realiza el ejercicio contrario al que hasta ahora

comentábamos en el apartado. Se trata, en concreto, de la habilitación de reservas establecidas únicamente para determinados sectores. En concreto, el artículo establece lo siguiente: *“Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.”*

Como podemos observar, todo el listado incluido en el artículo en cuestión hace referencia a servicios del ámbito cultural, social y de la salud, los conocidos como “servicios a las personas”.⁵⁰ Esto es debido a que la reserva que a través de este artículo

⁵⁰ En concreto: Servicios administrativos de alojamiento, servicios administrativos relacionados con la asistencia sanitaria, servicios de suministro de personal doméstico, servicios administrativos educativos, servicios de personal de enfermería, servicios de personal médico, servicios de enseñanza preescolar, servicios de enseñanza superior, servicios de aprendizaje electrónico, servicios de enseñanza universitaria para adultos, servicios de formación del personal, servicios de instalaciones para la formación, servicios de tutoría, Servicios de salud y asistencia social, Servicios de salud, Servicios hospitalarios y servicios conexos, Servicios hospitalarios, Servicios hospitalarios de cirugía, Servicios hospitalarios de medicina, Servicios hospitalarios de ginecología, Servicios de fertilización in vitro, Servicios hospitalarios de obstetricia, Servicios hospitalarios de rehabilitación, Servicios hospitalarios de psiquiatría, Servicios ortóticos, Servicios de oxigenoterapia, Servicios de patología, Servicios de análisis de sangre, Servicios de análisis bacteriológicos, Servicios de diálisis en el hospital, Servicios de asistencia hospitalaria, Servicios relacionados con ropa de cama para hospitales, Servicios de ambulatorio, Servicios de ejercicio de la medicina y servicios conexos, Servicios de ejercicio de la medicina, Servicios de médicos de medicina general, Servicios de médicos especialistas, Servicios ginecológicos u obstétricos, Servicios nefrológicos o neurológicos, Servicios cardiológicos o de neumología, Servicios cardiológicos, Servicios de neumología, Servicios de otorrinolaringología o audiología, Servicios gastroenterológicos y geriátricos, Servicios gastroenterológicos, Servicios geriátricos, Servicios psiquiátricos o psicológicos, Servicios a domicilio para personas con trastornos psicológicos, Servicios oftalmológicos, Servicios dermatológicos u ortopédicos, Servicios oftalmológicos, Servicios dermatológicos, Servicios ortopédicos, Servicios pediátricos o urológicos, Servicios pediátricos, Servicios urológicos, Servicios de cirujanos especialistas, Servicios de odontología y servicios conexos, Servicios de odontología, Servicios de ortodoncia, Servicios quirúrgicos de ortodoncia, Servicios varios de salud, Servicios prestados por personal médico, Servicios prestados por comadrones, Servicios prestados por enfermeros, Servicios de tratamiento médico a domicilio, Servicios de tratamiento médico de diálisis a domicilio, Servicios de asesoramiento prestados por personal de enfermería, Servicios paramédicos, Servicios fisioterapéuticos, Servicios homeopáticos, Servicios de higiene, Entrega a domicilio de productos para incontinentes, Servicios de ambulancia, Servicios de instituciones residenciales de salud, Servicios de cuidados de enfermería de residencias, Servicios prestados por laboratorios médicos, Servicios prestados por bancos de sangre, Servicios prestados por bancos de esperma, Servicios prestados por bancos de órganos para trasplante, Servicios de sanidad de las empresas, Servicios de análisis médicos, Servicios farmacéuticos, Servicios de imagerie, Servicios ópticos, Servicios de acupuntura y quiropráctica, Servicios de acupuntura, Servicios de quiropráctica, Servicios de veterinaria, Servicios de guarderías para animales de

se habilita no responde a los objetivos que se han ido exponiendo a lo largo de este trabajo en referencia a la posible reserva de contratos. Esta reserva es creada, no con la finalidad de igualar las condiciones de personas discapacitadas o desfavorecidas en el ámbito de la contratación pública, sino en el contexto de que este tipo de actividades deben ser entendidas como servicios no económicos de interés general, en tanto no siguen criterios economicistas, sino de satisfacción del interés general en tanto conforman el núcleo social del Estado. Por ello, el Considerando (6) establece que estos servicios *“deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”*. No obstante, la propia Directiva especifica que *“Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral⁵¹ deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión.”*

Debido a las diferentes tradiciones que han estructurado la gestión de estos servicios en función del Estado de la Unión que analicemos, las instituciones europeas han considerado como la solución más adecuada permitir que este aspecto continúe bajo la absoluta tutela de cada Estado miembro. Siendo esta la situación, la Directiva ha especificado que los Estados pueden continuar prestando estos servicios por sí mismos sin necesidad alguna de que se realicen contratos públicos, facilitando otros métodos de ejecución como la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones.⁵² Este extremo también se encuentra recogido en el artículo 1.4 de la Directiva⁵³. En palabras de J.M. Gimeno Feliú⁵⁴ *“Es decir, que resulta posible en*

compañía, Servicios de asistencia social y servicios conexos, Servicios de asistencia social, Servicios de asistencia social con alojamiento, Servicios de bienestar social proporcionados a ancianos, Servicios de bienestar social proporcionados a minusválidos, Servicios de bienestar social proporcionados a niños y jóvenes, Servicios de asistencia social sin alojamiento, Servicios de centros de día, Servicios de cuidado diurno para niños, Servicios de cuidado diurno para niños y jóvenes discapacitados, Reparto a domicilio de alimentos, Servicios de orientación y asesoramiento, Servicios de orientación, Servicios de asesoramiento, Servicios de planificación familiar, Servicios de bienestar social no prestados por instituciones residenciales, Servicios de rehabilitación, Servicios de rehabilitación profesional, Servicios sociales, Servicios sociales administrativos, Programa de acción municipal, Servicio municipal de salud, Servicio de bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos, servicios prestados por asociaciones de carácter social y servicios proporcionados por asociaciones juveniles.

⁵¹ Hace referencia a los umbrales económicos situados en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵² Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵³ “La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la

contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas.”

Para la realización de estas reservas, los poderes adjudicadores se verán sometidos a una serie de restricciones. En concreto, en referencia a las entidades a favor de las cuales podrán reservarlas, deben estar a lo indicado en el artículo 77.2 mediante el cual se establecen los requisitos que deben cumplir los sujetos beneficiarios. A modo de ejemplo, se incluyen características como “*que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado*” o que “*que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas*”. Además, establece límites temporales en tanto no se puede realizar la reserva a favor de entidades a favor de las cuales se haya adjudicado el servicio en los tres años anteriores. Así mismo, se marca un periodo máximo de 3 años de vigencia para el contrato que se reserve, por lo que se imposibilita el encadenamiento de contratos entre idénticos poderes adjudicadores y entidades, al tener que haber como mínimo un periodo de tres años entre contrato y contrato.

Como se desprende de lo expuesto, y dado el carácter abierto de la regulación europea de esta reserva, su transposición a Derecho interno resulta potestativa para los Estados. En el caso de España, se ha optado por no incluirlo, no constando ninguna referencia al respecto en su Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público⁵⁵.

Habiendo establecido el marco normativo que regula esta reserva, y dado que por su finalidad se distingue de forma clara de los contratos reservados estudiados hasta el

decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo n o 26.”

⁵⁴ Gemino Feliú, J. M. “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora el SNS?” *XXIV Congreso 2015(25)*, 65-85. (2015).

⁵⁵ La referencia al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público incluye la versión de la 17 de abril de 2015 así como la de 21 de octubre del mismo año.

momento, centraremos el análisis a realizar en los contratos reservados cuya finalidad es la promoción de la igualdad de oportunidades en tanto constituyen el objeto del presente trabajo.

4.3.- Sujetos de los contratos reservados:

Retomando los contratos reservados objeto de estudio, la nueva Directiva 2014/24/UE sí que ha introducido grandes cambios en lo que a sujetos beneficiarios se refiere. Ya en el propio Considerando (36) se incluyen elementos que no fueron recogidos en el Considerando (28) de la Directiva 2004/18/CE. De la misma forma que en el apartado 2.3 de este trabajo, el análisis se realizará a través de su distribución en tres apartados, en beneficio de su comprensión.

4.3.1.- Personas beneficiarias:

Continuando con lo que se comentaba, y entrando a su concreción, la nueva Directiva ya no incluye únicamente en su Considerando referencias a los talleres protegidos, sino que también hace mención a *“otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional”*. Como podemos observar, la normativa europea sigue su precavida línea de actuación al no delimitar la forma jurídica de las entidades susceptibles de ser beneficiarias, en tanto ésta puede ser muy diversa en función del Estado miembro. Con esa nueva inclusión, se adelanta mediante el Considerando la ampliación realizada en la regulación de los contratos reservados.

Además, y pese a que la interpretación de este primer apartado podría llegar a obtener una clara deducción en ese sentido, la Directiva marca un nuevo grupo de sujetos beneficiarios de forma explícita: los desempleados. Junto a ellos se incluyen *“los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están*

socialmente marginados”. En este caso, y de la misma forma que ha venido sucediendo con los conceptos incluidos en las anteriores Directivas, será la práctica y los órganos consultivos habilitados al efecto los encargados de delimitar dentro de lo posible los sujetos que tienen cabida en esta concepción. Gracias a ello se amplía el ámbito subjetivo de aplicación, extendiendo la posibilidad de reservar contratos a favor de otros grupos que, pese a no sufrir ningún tipo de discapacidad, si se encuentran ante una grave situación de desigualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Ya en referencia al contenido del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, y en concordancia con lo indicado en el Considerando, se amplía la posibilidad de reservar contratos a los *“operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas.”* En cuanto a la ejecución de los contratos, se realiza una pequeña concesión en comparación con la Directiva anterior. Y es que si recordamos el contenido el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, se establecía un mínimo del 50%⁵⁶ para poder reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido. En cambio, en la actual Directiva, ese porcentaje ha sido reducido a un mínimo del 30%, facilitando así la reserva de la ejecución en virtud de este precepto.

Especificadas las modificaciones introducidas con la promulgación de la Directiva 2014/24/UE, el resto de sujetos beneficiarios que se establecían en la anterior Directiva siguen vigentes. Por ello, se dan por reproducidas las consideraciones realizadas en el apartado 2.3.1 del presente trabajo.

4.3.2.- Entidades habilitadas:

En esencia, el artículo 2.1.1) de la nueva Directiva incluye dentro de la definición de poder adjudicador los mismos entes que incluía la antigua directiva. En esta ocasión, la definición entra a especificar la inclusión de los entes locales, mientras que en la anterior definición éstos venían englobados dentro del concepto *“entes territoriales”*.

⁵⁶ “(...) cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas...”

Además, dentro del artículo referente a las definiciones, se añade un nuevo concepto, el de “poderes adjudicadores subcentrales”, que hace referencia a todos aquellos que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales.

En cuanto al concepto de “organismo de Derecho público”, no se hará un especial análisis de la definición dada en la Directiva 2014/24/UE en tanto ésta mantiene en esencia idéntica forma a la recogida por la normativa anterior, únicamente modificando la especificación recogida en el párrafo anterior referente a la entidades locales.

Por otro lado, y según se hizo mención en el apartado respectivo a las entidades habilitadas en la Directiva 2004/18/CE, la directiva recogía en su Anexo III que organismo estatales debían ser considerados organismos de derecho público clasificados según el Estado miembro al que pertenecían. A diferencia de este listado, en la actual Directiva lo que se recoge es una relación de los entes que son considerados autoridades, órganos y organismos estatales a efectos de las especificaciones recogidas en los umbrales establecidos en el artículo 4.

Respecto a todo lo anterior, la nueva Directiva ha dado sus pertinentes explicaciones a través de su Considerando (10) al indicar que *“El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación ratione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia.”*

Sumado a lo anterior, y con intención de clarificar qué entidades se encuentran incluidas en el concepto “organismo de derecho público” el referido Considerando hace constar que *“A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las*

cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.

De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación «en su mayor parte» significa «en más de la mitad» y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público.»

Siendo así la situación, es a través de la normativa estatal donde conseguiremos delimitar al detalle qué entidades son consideradas poderes adjudicadores, y que por tanto, se encuentran habilitadas para realizar la reserva de contratos públicos que se analiza.

4.3.3.- Subcontratación:

En el ámbito de la subcontratación no se ha realizado ninguna modificación de lo estipulado al efecto en la anterior directiva. Sin embargo, se han detallado las consideraciones relativas a este aspecto.

En concreto, se prevé en su artículo 71.3 de la Directiva 2014/24/UE la posibilidad de satisfacer las cantidades debidas de forma directa al subcontratista, siempre que la naturaleza del contrato lo permita. De acogerse a esta posibilidad, deberá establecerse en los pliegos de la contratación la utilización de este método de pago.

Dado lo anterior, y en pro de la extensión y amenidad del presente trabajo, son de aplicación las consideraciones respecto a la aplicación del sistema de subcontratación en los contratos reservados realizadas en apartados anteriores.

CAPÍTULO 5.- LA NO TRANSPOSICIÓN Y EL EFECTO DIRECTO.

Teniendo por realizadas las manifestaciones recogidas en el Capítulo III de este documento respecto a la naturaleza de las directivas, se entrará a analizar el proceso de transposición a realizar respecto a la Directiva 2014/24/UE.

Esta Directiva, publicada en el DOUE en fecha 28 de marzo de 2014⁵⁷ fijaba a través de su artículo 90 el 18 de abril de 2016 como fecha máxima para la efectiva transposición de su contenido al Derecho interno de los Estados miembros. Como se ha comprobado, no ha sido posible en el Estado español cumplir con este plazo. Diversos son los factores que han llevado al legislador español al punto en el que hoy nos encontramos, pero no siendo intención de la que subscribe entrar a analizarlos por considerarlos fuera de su competencia, simplemente se puede indicar la existencia de meros borradores de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público a efectos de la transposición de la Directiva 2014/24/UE.

5.1.- El borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015.

En la misma línea que se pronunciaba la Ley de Contratos de Sector Público de 2007, el borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015 argumenta su creación en la Exposición de Motivos II, concretando que *“hay que destacar que, si bien el motivo determinante de la presente Ley es la transposición de las dos Directivas citadas, no es el único. Así, esta Ley, teniendo como punto de partida esa transposición, no se limita solo a ello, sino que trata de diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, ya señalados, tanto a*

⁵⁷ DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014, páginas 65 a 242.

través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de los operadores económicos, así como un mejor servicio para los usuarios de los servicios públicos.”

A continuación, la Exposición de Motivos III establece como objetivo la aclaración de las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica, tratando de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en material social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES, todo ello, garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.

Para ello la nueva Ley se estructurará en un título preliminar en el que se incluirán las disposiciones generales, seguido de cuatro libros en los que se recogerá la regulación relativa a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).⁵⁸

Por su parte, la Exposición de Motivos V hace referencia directa a la reserva de contratos al adelantar que entre el contenido de la Ley *“se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo, si bien se va a favorecer a las empresas que acrediten que cumplen con determinados estándares de igualdad entre hombre y mujer y de medidas de protección de personas con discapacidad.”* Este redactado conduce a error, en tanto su referencia a la acreditación del cumplimiento de determinados estándares de igualdad entre hombre y mujer y de medidas de protección

⁵⁸ Exposición de Motivos IV de la Directiva 2014/24/UE.

a las personas discapacitadas no es referente a los contratos reservados, si no que será de aplicación general al modelo de contratación que se establece.

Entrando en materia, la regulación específica de contratos reservados se ubica en el Anteproyecto de Ley en su Disposición Adicional Cuarta. Esta cláusula no merece de mayor análisis, en tanto su contenido corresponde íntegramente al introducido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a través de 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 Social⁵⁹. Dada la cercanía temporal entre la modificación realizada al TRLCSP y la redacción del borrador de Anteproyecto de Ley es lógico que se haya reutilizado su contenido, ya que en el momento en el que se realizó ya se encontraba vigente la Directiva 2014/24/UE, pese a que la misma aún se encontraba en periodo de transposición, adaptándolo por tanto al contenido de la misma.

En cuanto a la subcontratación, el borrador de Anteproyecto de Ley la sitúa en el artículo 213. En este aspecto si se han realizado reseñables modificaciones, que si bien no hacen referencia directa a los casos de contratos reservados, son de plena aplicación al seguir éstos el régimen general. En primer lugar, se añade un nuevo párrafo, situado en el artículo 213.1 en el que se limita la prohibición de subcontratar, estableciéndose que *“En ningún caso la prohibición de subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.”*

⁵⁹ Se remite al contenido el apartado 3.2 de este documento.

Por otro lado se incrementan las obligaciones del contratista principal respecto a la subcontratación, debiendo comunicar al órgano de contratación los datos de contacto del subcontratista o de su representante y haciéndose cargo de la acreditación de que el subcontratista no se encuentra incurso en ninguna prohibición de contratar. En suma, se obliga a comunicar a la Administración cualquier modificación de estas circunstancias. Además, se modifica la ocasión de comunicación de la intención de subcontratar, situándola actualmente en dos momentos posibles: bien tras la adjudicación del contrato, o a más tardar, cuando se inicie la ejecución de éste.

Todas estas condiciones (acumuladas a las establecidas en la legislación nacional anterior y que no se excluyen en el borrador de Anteproyecto) llevan aparejada una posible sanción ante su incumplimiento. Esta infracción, que antes podía conllevar una penalidad de hasta un 50 por ciento del valor del contrato se ha endurecido pudiendo ahora, además, ser motivo de resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 209, esto es, el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Finalmente, en cuanto a las especificaciones recogidas por el borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, se incluye un listado de las entidades que tendrán consideración de poder adjudicador, y que por tanto, al objeto que nos interesa, estarán habilitadas para la realización de reserva de contratos públicos. Este listado se encuentra en el artículo 3.3 e incluye:

- Las Administraciones Públicas.
- Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

- Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- Todos las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

Como apunte final, y tal y como se anunció en apartados anteriores, la posible reserva de contratos referente a los servicios a las personas, y dado que no ostenta carácter obligatorio, no ha sido transpuesta a la normativa estatal.

Una vez expuesto todo lo anterior, cabe indicar que este borrador de Anteproyecto de Ley fue sometido a trámite de información pública. A su vez, se solicitó por parte de los redactores informe al Consejo General del Poder Judicial referente al mismo, con la intención de recopilar la información técnica necesaria para realizar las modificaciones que fuesen pertinentes antes de continuar con el procedimiento establecido. Ya en este punto, el CGPJ fue bastante crítico con el proyecto, indicando en la Conclusión Segunda de su informe⁶⁰ que *“Desde este prisma, cabe cuestionar la necesidad de una nueva Ley que sustituya al vigente Texto Refundido, sobre la base, comúnmente aceptada, de mantener una norma completa y general y normativa diferenciada para los llamados sectores especiales, excluidos de la norma general. Pues, si bien, no parece adecuado, incorporar separadamente las Directivas 2014/23 y 2014/24, cuando*

⁶⁰ Informe al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, ratificado por acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de día 11 de junio de 2015.

ambas se han de proyectar sobre los contratos del sector público en su globalidad, es discutible que el objetivo de incorporar las previsiones de las normas europeas al ordenamiento interno e incluso introducir las mejoras técnicas consideradas adecuadas por el prelegislador no pueda cumplirse mediante las modificaciones que fueren precisas en el texto vigente, sin necesidad de elaborar de nuevo uno completo, máxime cuando el texto proyectado responde al esquema general de la Ley vigente, prescindiendo de la estructura de la Directiva, lo que exige un mayor rigor en la transposición de las normas europeas, habida cuenta de la especial vigilancia que la Comisión Europea despliega para controlar la incorporación del ordenamiento europeo sobre contratación pública.” El Consejo General del Poder Judicial continúa su crítica al resaltar que *“De otra parte, desde esta misma perspectiva de técnica legislativa, el texto presentado a informe es largo, complejo, con preceptos demasiado extensos y continuas remisiones bien a otros preceptos del mismo Anteproyecto, bien a legislación general o específica complementaria, que, de otra parte, habría que actualizar, bien a otras normas europeas.”*

Pese a las críticas a la técnica legislativa realizadas, el CGPJ considera de forma general la correcta transposición de la normativa europea, matizando, además, la crítica realizada ante la dificultad que comporta la materia por su extensión.

Llegado este momento, y con el periodo de información pública finalizado, tocaba avanzar en el proceso legislativo. En concreto, se introdujeron las modificaciones sugeridas por los participantes (informes solicitados así como información pública), dando como resultado, el texto definitivo del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que analizaremos a continuación.

5.2.- Modificación del borrador de anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Como se indicaba, la introducción de las modificaciones realizadas en los trámites previos dio como resultado el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 21 de octubre de 2015.

Estas modificaciones afectaron en primer lugar, al contenido de la Exposición de Motivos V, que reconfeciona su confusa redacción⁶¹ a la siguiente: *“Respecto de los temas sociales, se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o reservar su ejecución en el 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 trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación.”*

Además, en cuanto a la regulación específica de los contratos reservados, se altera el contenido y redacción de la Disposición Adicional Cuarta al indicar que se podrá realizar la reserva de la ejecución en el marco de programas de empleo protegido *“a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.”* Esta modificación supone la inclusión de un nuevo parámetro a la hora de realizar la reserva de ejecución, en tanto la sujetos beneficiarios deben cumplir con el porcentaje que su normativa les exija, y no únicamente con el mínimo del 30 por ciento, que en esta ocasión, se contempla de forma subsidiaria. A través de este mecanismo se asegura el cumplimiento del objetivo de la reserva de contratos, asegurando que las empresas a favor de las cuales se realice cumplen de forma efectiva con la finalidad social que se les presupone.

⁶¹ Tal y como se indicó en el apartado 5.1 (página 54 del presente trabajo)

En cuanto a la subcontratación, se realiza una modificación que incluye un nuevo supuesto de hecho. En concreto, el artículo 213.2.e) párrafo tercero indica que *“Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca un límite de subcontratación superior al 60 por 100, se deberán justificar suficientemente las razones que lo amparan. No se podrá, en ningún caso, contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del contrato.”* A través de esta estipulación el legislador fiscaliza las subcontrataciones a realizar por los poderes adjudicadores, procurando así evitar la novación del contrato a través de la completa o mayoritaria ejecución por parte del subcontratista en lugar del contratista principal. En cuanto al resto del contenido referente a la subcontratación, el Anteproyecto de Ley la mantiene intacta.

Finalmente, las entidades que se considerarán poderes adjudicadores no sufren modificación alguna tras el periodo de información pública y de informes, siendo por tanto las mismas entidades recogidas en el apartado precedente.

Expuesto lo anterior, los siguientes pasos en la tramitación consistían del Dictamen preceptivo⁶² del Consejo de Estado. Éste fue emitido en fecha 10 de marzo de 2016, culminando así el proceso de elaboración de la norma.

El siguiente escalón en el *iter* legislativo consistía en su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación, pero éste se tuvo que posponer. El parón se debió principalmente a la convocatoria de Elecciones Generales previstas para el 20 de diciembre de 2015, lo que impedía el trámite parlamentario hasta la correcta constitución de las Cortes, en tanto el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno establece que el Gobierno en funciones no puede presentar proyectos de Ley al Congreso de los Diputados, o en su caso, al Senado⁶³. Este periodo,

⁶² Según se establece en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado.

⁶³ Gimeno Feliu, J. M. . “Culminada la tramitación del nuevo texto de contratos del sector público con la aprobación del dictamen del Consejo de Estado.” *Observatorio de Contratación Pública*. (2016) Recuperado el 9 de mayo de 2016 de Observatorio de Contratación Pública: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.243/re/menu.3/chk.fac016e904db477241fa6bb3057885b8>

que en principio no constituía ninguna problemática insalvable (en tanto los plazos legislativos ya hacían prever la imposibilidad de cumplir con el periodo de transposición otorgado por la Directiva 2014/24/UE), se ha convertido en una complicación más que relevante. Y es que pese a que las Cortes se constituyeron el 13 de enero de 2016, los resultados electorales de las elecciones generales no permitieron constituir Gobierno, lo que tras diversos meses de negociaciones políticas, ha acabado desembocando en la convocatoria de nuevas elecciones, fijadas para el próximo 26 de junio de 2016. Para ello, el 3 de mayo 2016 se publicó en el BOE el Decreto de disolución de las Cortes, paralizando de nuevo el proceso legislativo necesario para la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Esta situación genera un grave clima de inseguridad jurídica, ya que finalizado el plazo de transposición otorgado por la Directiva europea entra en juego el denominado “efecto directo”, que dificulta la aplicación de la normativa referente a contratación pública tanto a poderes adjudicadores como a operadores económicos.

5.3.- El efecto directo de la Directiva:

Finalizado el plazo de transposición sin haberse realizado de forma efectiva a la normativa interna del Estado español, la Directiva despliega lo que se conoce como “efecto directo”. Este efecto responde a que *“una vez concluido éste sin haberse producido, y ante la posibilidad de que los Estados miembros eludan el cumplimiento del Derecho de la Unión mediante el subterfugio de no dictar las normas de incorporación de las Directivas al Derecho nacional, el TJUE ha venido perfilando desde antiguo una doctrina que establece la aplicabilidad directa de los preceptos de las Directivas. Este efecto directo, útil o invocabilidad directa ante los Tribunales del Derecho europeo supone que las normas comunitarias deben desplegar efectos de modo uniforme en todos los Estados miembros, desde su entrada en vigor y durante*

toda su vigencia. En consecuencia, se trata de hacer efectivos los derechos y obligaciones que estas normas generan para los particulares, de tal forma de puedan invocarse ante las autoridades públicas, administrativas o judiciales, las cuales vendrán obligadas a salvaguardar esos derechos y obligaciones.”⁶⁴

Este efecto directo que se despliega una vez finalizado el periodo de transposición ha sido consagrado por el TJUE⁶⁵ y se ha sistematizado en las siguientes consideraciones:

- Que el Estado miembro haya incumplido su deber de transposición, bien porque no haya dictado en plazo la norma de transposición, bien porque la ha dictado pero su contenido no respeta el mandato de la Directiva.

- Que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado.

- Que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos (efecto directo vertical ascendente). Es decir, se ha reconocido el efecto directo vertical pero no el inverso, esto es, la Directiva no puede generar obligaciones para los particulares, de modo que el Estado no puede exigir las obligaciones que se derivan de la norma a los particulares.

- La técnica del efecto directo de las Directivas sólo debe emplearse en defecto de norma de incorporación correcta, que si existe, debe ser la que se aplique. Además, también es subsidiaria del principio de interpretación del Derecho nacional vigente, en el sentido favorable al efecto útil de las Directivas, de modo que solo cuando ésta operación no sea posible debe de acudir a la doctrina del efecto directo.

En síntesis, lo que el efecto directo supone es la eficacia directa de los derechos de los particulares que a través de la Directiva se les otorgan. Esto conlleva, tal y como se ha

⁶⁴ Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo.

⁶⁵ Sentencia Van Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, Sentencia Asuntos Ratti de 5 de abril de 1979 y Sentencia Ursula Becker de 19 de enero de 1982, entre otras.

indicado, que el efecto directo no habilita a las Administraciones a la aplicación de obligaciones derivadas de la normativa europea, ya que para que esto se produzca se deberá esperar a la correcta transposición a normativa interna. Debido a lo expuesto, es doctrina jurisprudencial del TJUE que el efecto directo prime por encima de la normativa estatal. Es decir, que en el supuesto de aplicación de un derecho mediante efecto directo en el que éste sea contrario a la normativa estatal, esta última debe no aplicarse. De hecho, el incumplimiento de lo dispuesto en la Directiva y afectado de efecto directo convierte en ilegales las actuaciones realizadas por la Administración, pudiendo el afectado alegarlas ante los órganos jurisdiccionales pertinentes. Conviene matizar que la no aplicación de la normativa estatal únicamente se entiende en el marco de la no transposición de la normativa europea, es decir, que mientras el periodo de transposición siga vigente debe aplicarse el derecho nacional, interpretado, eso sí, a tenor de lo dispuesto en la normativa europea. A este aspecto viene a hacer referencia J.M. Gimeno Feliú al indicar que *“En todo caso, el principio de seguridad jurídica será un límite, pues la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación contra legem, pues en este caso ya no estamos ante una mera interpretación sino ante otro escenario diferente de desplazamiento, de forma indebida, de normas válidas. Tal opción implicaría, en la práctica, la anticipación del efecto directo derivado del deber de incumplimiento de transposición y tal opción no es admisible dentro del sistema de articulación de ordenamientos jurídicos comunitario/nacional (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2013, Asunto Comisión/España c- 151/12)”*.

En cuanto a los contratos reservados, existe un aspecto en el que es de aplicación el efecto directo. Este supuesto es el porcentaje mínimo del 30% que se solicita para poder reservar la ejecución de contratos públicos en el marco de programas de empleo protegido. Este asunto, al cumplir las características necesarias expuestas *ut supra*, goza de efecto directo desde el 18 de abril de este año. Sin embargo, este extremo no reporta mayor dificultad, en tanto la modificación realizada en el TRLCSP en el año 2015, ya adecuó la normativa a las previsiones realizadas en la Directiva 2014/24/UE, por lo que su contenido ya se encuentra en la normativa interna española. Este hecho ha permitido

evitar la inseguridad jurídica que el periodo hasta la promulgación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público genera, al menos, en el ámbito de la reserva de contratos.

CAPÍTULO 6.- CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS RESERVADOS.

Las condiciones para la aplicación de la reserva de contratos públicos han sido comentadas a lo largo de los apartados anteriores. Pese a ello, para una mejor comprensión y una mayor utilidad práctica, se articula mediante este apartado una compilación de las condiciones actuales a tener en cuenta para poder llevarlos a cabo:

- El procedimiento mediante el cual se reservan contratos públicos a determinadas entidades debe cumplir con los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores. Para ello, debe indicarse en el anuncio de licitación el carácter reservado del contrato, especificando los entes que pueden optar a su adjudicación. Para un correcto cumplimiento del principio de transparencia, los licitadores deben saber desde un primer momento las condiciones en las que se reserva el contrato. En esta delimitación debe garantizarse el acceso a todas las entidades que ostenten las cualidades requeridas, independientemente del Estado miembro al que pertenezcan. Por lo tanto, no se consideran adecuadas a la normativa las limitaciones de tipo territorial.
- Mención de los preceptos europeos y nacionales que habilitan la reserva: Ambas normas⁶⁶ establecen de forma obligatoria la necesidad de hacer referencia a los preceptos que habilitan la reserva. Por ello, un ejemplo de fórmula válida normativamente sería la siguiente: *“CONTRATO RESERVADOS en virtud de lo establecido en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE y de la Disposición Adicional Quinta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

⁶⁶ Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE así como Disposición Adicional Quinta del TRLCSP y futura Disposición Adicional Cuarta del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

- Vinculación entre la actividad objeto de la entidad a favor de la cual se reserva y el objeto del contrato: En este sentido, opera la lógica al considerarse necesaria la habilidad profesional de los sujetos beneficiarios en relación con el objeto del contrato. A modo de ejemplo, si el objeto del contrato son servicios de jardinería, no dispondría de mucho sentido que se reservara a favor de Centros de Empleo Protegido cuya actividad fuese la fabricación de mobiliario. Este aspecto será analizado, no como parte de la reserva, sino como parte de la habilitación profesional que cualquier empresa debe cumplir al presentar oferta a un contrato público.
- Cumplimiento de los requisitos como sujetos beneficiarios: Como se indicaba en el apartado 5.2 de este trabajo, con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se ha introducido un nuevo parámetro a la hora de reservar la ejecución de algunos contratos públicos. La necesidad de cumplir con los porcentajes requeridos en la normativa específica de los sujetos beneficiarios se postula como requisito indispensable a la hora de reservar la ejecución de los contratos públicos.

A tenor de lo dispuesto, las Administraciones deberán ver cumplidos los requisitos indicados para poder ejercer su potestad de reservar la participación o la ejecución de contratos públicos. En caso de no cumplirlos, la reserva podría ser considerada no ajustada a Derecho, abriendo la posibilidad de impugnarla a través de los medios habilitados al efecto en función del carácter del contrato⁶⁷.

⁶⁷ Artículo 44 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público referente al recurso especial en materia de contratación:

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran exclusivamente a contratos sujetos a regulación armonizada y correspondan a alguno de los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

(...)

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones realizadas a lo largo del presente trabajo, procede establecer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La contratación pública no debe quedar al margen de la consecución de los objetivos sociales europeos, en tanto éstos constituyen un pilar fundamental en el objetivo de mejora del nivel de vida de sus ciudadanos a través de la equiparación de derechos y obligaciones. Para ello, el aprovechamiento de los mecanismos de contratación pública existentes, y la creación de otros nuevos, es indispensable para la fomentación desde las instituciones públicas de una correcta gestión social que se extienda a todos los ámbitos.

SEGUNDA.- Entre los mecanismos existentes, el más directo de ellos, por los beneficios que puede reportar de forma directa, es la reserva de contratos. A través de ella, los poderes adjudicadores aseguran una mínima inserción laboral y social de las personas discapacitadas y en riesgo de exclusión social, fijando una base a partir de la cual fomentar su plena integración. Gracias a estas reservas se mejora la redistribución de los recursos destinados a la contratación pública permitiendo un acceso más equitativo a las empresas que no pueden competir económicamente con los demás operadores económicos.

TERCERA.- Esta posibilidad no supone una carta en blanco para la adjudicación directa de contratos. Al contrario, se han establecido una serie de filtros que aseguren que su finalidad es la normativamente dispuesta. A estos efectos, las normativas estatales deberán adecuar su legislación para establecer los mecanismos necesarios que eviten el fraude a través de esta figura jurídica, respetando de esa forma los principios de transparencia e igualdad de trato entre licitadores, amén de una correcta gestión pública que no deje espacio a las corruptelas.

CUARTA.- Analizada la evolución que esta figura ha experimentado, el objetivo debe fijarse en el incremento de mecanismos que continúen apostando por la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos. Debe ser a través de la mejora que se erija de nuevo a la Administración como foco central de la promoción de las políticas sociales en todos sus campos, no olvidando por ello, las políticas de incentivo enfocadas al ámbito privado que desde las Administraciones deberían implementarse con mucha más frecuencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Canales Gil, Á., & Huerta Barajas, J. *La Contratación del Sector Público tras las reformas de 2010*. Madrid: Editorial Reus. (2010)
- Esteban, M. J., Manuel Vélez Fraga, & Guillermo González de Olano. “La futura regulación de la contratación pública: El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*(núm. 16). (2007).
- Gemino Feliú, J. M. “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora el SNS?” *XXIV Congreso 2015*(25). (2015).
- Gimeno Feliú, J. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Navarra: Editorial Aranzadi. (2014).
- Gimeno Feliu, J. M. . “Culminada la tramitación del nuevo texto de contratos del sector público con la aprobación del dictamen del Consejo de Estado.” *Observatorio de Contratación Pública*. (2016) Recuperado el 9 de mayo de 2016 de Observatorio de Contratación Pública:http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.243/reلمenu.3/c_hk.fac016e904db477241fa6bb3057885b8
- Gimeno Feliu, J., Andreu, A., Beltrán, A., Blanco López, F., Lacruz Lázaro, M., López-Ibor, V., . . . Pleite, F. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier. (2004).
- Jiménez, P. B. “Las cláusulas sociales en la contratación pública”. *Contratación Pública – Noticias Jurídicas*. (2011). Recuperado el 21 de abril de 2016 de Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4681-las-clausulas-sociales-en-la-contratacion-publica/>
- Lizarraga, J. A. “El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno”. *Revista Jurídica de Navarra* (núm. 37). (2004).

- Novak, P. (s.f.). “La evolución hacia el Acta Única Europea”. (*Parlamento Europeo*) Recuperado el 25 de abril de 2016, de http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.2.html
- Schmid-Drüner, M. (s.f.). “Las políticas sociales y de empleo: principios generales”. (*Parlamento Europeo*) Recuperado el 15 de abril de 2016, de http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.1.htm
- Tobler, C. “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”. *European Law Review*(núm. 6) (2000).

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES.

- Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la FEDERACIÓN DE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS DE ZARAGOZA (FETRAZ), frente al procedimiento de licitación denominado “Servicio de traslados de puestos de trabajo de unidades administrativas, su equipamiento y documentación y de traslado de archivos, organización de almacenes y preparación de actos institucionales en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón”, promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Competencia (2015). “PRO/CNMV001/2015 Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”. Barcelona: CNMV.
- COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001. Bruselas. COM (2001) 566 final.
- Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.
- Informe 1/2010, de 17 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Criterios de aplicación del artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Informe 16/2011, de 8 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados.
- Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero,

de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo.

- Informe 17/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón de fecha 3 de diciembre. Asunto: Efecto de las Directivas de Contratación Pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Pública de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo.

- Informe al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, ratificado por acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de día 11 de junio de 2015.

- Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social. Recuperado el 12 de abril de 2016: <http://www.discalpnet.es/SiteCollectionDocuments/Discalpnet/Documentos/Legislacion/0189.htm>

- Sentencia Van Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, Sentencia Asuntos Ratti de 5 de abril de 1979 y Sentencia Ursula Becker de 19 de enero de 1982.