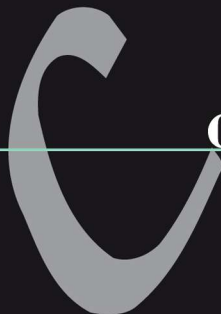


35

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

Monográfico

*Contratación pública responsable,
empresas de economía social e
igualdad*



diciembre
2019

www.ciriec-revistajuridica.es

 CIRIEC
españa
ISSN.: 1577-4430

ISSN (ed. electr.)
1989-7332



**Revista Jurídica de Economía
Social y Cooperativa**

nº 35 diciembre 2019

<http://www.ciriec-revistajuridica.es>

**Contratación pública responsable, empresas
de economía social e igualdad**

Amalia Rodríguez González - María José Senent Vidal
(coordinadoras)

Patrocina:



Colaboran:

VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA (U+V)
IUDESCOOP
Institut Universitari d'Investigació en Economia
Social, Cooperativisme i Emprenedoria

CIDEC*
Centro de Información y
Documentación Europea
de la Economía Pública,
Social y Cooperativa.

CIRIEC-España
Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

CONSEJO DE REDACCIÓN (EDITORIAL BOARD)

Dirección

Gemma Fajardo García y Jesús Olavarría Iglesia
(Profesores Derecho Mercantil. U. Valencia)

Vocales

Pilar Alguacil Marí (Cat. Derecho Financiero. U. Valencia)
Carlos Vargas Vasserot (Cat. Derecho Mercantil. U. Almería)
Federico López Mora (Prof. Derecho Laboral. U. Valencia)
Rafael Millán Calenti (Prof. Dcho Mercantil. U. Santiago de Compostela)
Aitor Bengoetxea (Prof. Derecho Laboral. U. País Vasco)

Coordinación de la sección artículos

María José Senent Vidal (Prof. Derecho Mercantil UJI Castellón)

Coordinación de la sección reseñones

Amalia Rodríguez González (Universidad de Valladolid)
Itziar Villafañez Pérez (UPV/EHU - Gezki)

Coordinación de la sección comentarios a jurisprudencia

Isabel Rodríguez Martínez (Cat. de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia)

Secretaría de Redacción

Ana Martínez Benlliure (CIDEA - Universitat de València)

Presidente honorífico

Francisco Vicent Chulá
Cat. Derecho Mercantil. U. Valencia

COMITÉ CIENTÍFICO (ADVISORY BOARD)

Jesús Quijano (Cat. Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid)	Narciso Paz Canalejo (Abogado)
Juan Ignacio Font Galán (Cat. Derecho Mercantil U. de Córdoba)	Jose María Perez de Uralde (Abogado)
José Antonio Gómez Segade (Cat. Derecho Mercantil U. La Coruña)	Antonio Fici (Prof. Private Law. U. Molise. Italia)
José María Suso Vidal (Cat. Derecho Mercantil U. País Vasco)	Hagen Henry (Prof. Comparative Law. U. Helsinki. Finlandia)
José Miguel Embid Irujo (Cat. Derecho Mercantil U. Valencia)	Deolinda Aparicio Meira (Prof. Commercial Law. U.Porto, Portugal)
Vicente Cuñat Edo (Cat. Derecho Mercantil U. Valencia)	Hans Munkner (Prof. Law and business organization, U. Marburg. Alemania)
María Luisa Llobregat (Prof. Derecho Mercantil U. Alicante)	Ian Snaith (Prof. Cooperative Law. U. Leicester. Reino Unido)
Santiago Merino Hernández (Asesor Jurídico del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi)	David Hiez (Prof. Private Law. U. Luxembourg. Luxemburgo)
Antxo Tato Plaza (Cat. Derecho Mercantil U. de Vigo)	Rui Namorado (Prof. Commercial Law. U. Coimbra. Portugal)
Manuel Paniagua (Prof. Derecho Mercantil U. Loyola Andalucía)	Dante Cracogna (Prof. Derecho Comercial. U. Buenos Aires. Argentina)
Pedro Portellano (Prof. Derecho Mercantil U. Autónoma de Madrid)	Antonio Sarmiento (Prof. Dcho Coop., U. Javeriana de Bogotá. Colombia).
Jose Ramón Salelles (Prof. Derecho Mercantil U. Pompeu Fabra)	Mario Shujman (Prof. Derecho Cooperativo. U. Rosario. Argentina)
Carmelo Lozano (Cat. Derecho Financiero U. Valencia)	Alberto García Müller (Prof. Dcho. Administrativo. U. Los Andes. Venezuela)
Juan López Gandía (Cat. Derecho Laboral. U. Politécnica de Valencia)	Guilherme Krueger (Asesor Jurídico de la OCB y Economista. Brasil)
Marco Antonio Rodrigo Ruiz (Cat. Derecho Financiero U. País Vasco)	Roxana Sánchez (Prof. Derecho Civil. U. Costa Rica)
Manuel Botana (Cat. Derecho Mercantil. U. Santiago Compostela)	Carlos Torres Morales (Prof. Derecho Comercial. U. Lima.Perú)
Rafael Calvo Ortega (Cat. Derecho Financiero, U. Complutense de Madrid)	Sergio Reyes Lavega (Prof. Economía Solidaria. U. República de Uruguay)

REDACCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

CIRIEC-España

Campus Els Tarongers. Facultad de Economía. Despacho 2p21. 46022 VALENCIA

Tel.: 96 356 22 48 / 96 382 84 89-91 - Fax: 96 382 84 92

MAQUETACIÓN

Sergio Rubio

IMPRESIÓN

LLORENS Servicios Gráficos- VALENCIA - Tel. 902 154 305, 963 655 990

PORTADA

ESTUDIO GRÁFICO DE PUBLICIDAD, S.L. / Xàtiva, 14-60ª 46002 - VALENCIA - Tel. 96 394 32 25

©: CIRIEC-ESPAÑA

I.S.S.N.: 1577-4430 - I.S.S.N. (edición electrónica): 1989-7332 - Depósito Legal: V-1886-1995

<http://www.ciriec-revistajuridica.es/>

CIRIEC-España, Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, de periodicidad semestral, está calificada como 'revista EXCELENTE' por la Fundación Española de Ciencia y Tecnología (FECYT) del Gobierno de España. Está arbitrada e indexada, entre otras, en las siguientes bases de datos: LATINDEX, IN-RECH, DIALNET, DICE, ISOC, AGRIS, MIAR, CIRIEC- Internacional y CIDEA

SUMARIO

En Memoria del Profesor Primitivo Borjabad Gonzalo. Por María José Puyalto Franco	7
Presentación del monográfico. Por María José Senent Vidal y Amalia Rodríguez González	9
Introducción. Contratación pública responsable, empresas de economía social e igualdad. Por Amalia Rodríguez González y María José Senent Vidal	13
ARTÍCULOS	
- Reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social: régimen jurídico y doctrina consultiva y de los tribunales administrativos de recursos contractuales. Por Beatriz Martín Lorenzo	33
- Las cláusulas sociales en la contratación pública: un estudio de su idoneidad para el fomento de la economía social. Por Sergio Canalda Criado	65
- Centros especiales de empleo de iniciativa social. Avances legislativos y ajustes necesarios. Por Antonio Borja García Sabater	95
- La dimensión social e inclusiva de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo avance en la inclusión de las personas con discapacidad? Por Laura Marín Cáceres	125
- Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos. Por María Burzaco Samper	169
- Contratación pública socialmente responsable: la exigencia de un salario mínimo como condición especial de ejecución. Por Beatriz Gómez Fariñas	213
- Contratación pública responsable. El caso de la Junta de Castilla y León. Por Virginia Bragado López, Noelia Muñoz del Nogal y Vicente Luis Enciso de Yzaguirre	253
- Contratação pública responsável e autonomia: para uma inclusão social das pessoas com deficiência. Por Melanie Oliveira Neiva Santos	283
- Cooperativas de recolección de residuos sólidos y ofertas públicas: un estudio de caso brasileño. Por José Francisco Siqueira Neto y Daniel Francisco Nagao Menezes	317

OTROS ARTÍCULOS

- Las sociedades cooperativas agroalimentarias ante la aplicación de las normas de competencia. Por **Encarnación García Ruiz** 353
- La mediación, nuevo instrumento para el consenso al alcance de las cooperativas valencianas. Por **Carolina Sanchis Crespo** 377

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

- Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2017, unificación de doctrina (RJ 2017, 928). Por **Miriam Monjas Barrena** 419
- Ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra el Consejo Rector de una sociedad cooperativa, en una situación de “cierre de facto”, sin previa disolución y liquidación. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 27 de febrero de 2017. Por **Cecilio Molina Hernández**. 429
- Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº2263/2018, de 18 de mayo (Social). Por **Gemma Fajardo García** 441
- Reconocimiento de la prestación por jubilación anticipada involuntaria al socio de una cooperativa de trabajo asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2019, unificación doctrina (RCUD 1741, 2019). Por **Mª José Arnau Cosín** 471

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

- 1 de julio – 31 de diciembre de 2018. Por **Jesús Olavarría Iglesia**
- * Índice sistemático 487
 - I. Cooperativas. 490
 - * Índice cronológico 513

RESEÑA DE LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. Por **Gemma Fajardo García**

- Relación sistemática de disposiciones. Junio 2019 - Noviembre 2019. 517
- Índice acumulado 539
 - Instrucciones para los autores 565
 - Instructions to authors 566
 - Evaladores 567
 - Declaración ética y de buenas prácticas 568
 - CIDEC. 571
 - Observatorio Español de la Economía Social 572

En Memoria del Profesor Primitivo Borjabad Gonzalo

La Facultad de Derecho, Economía y Turismo de la Universidad de Lleida y la Dirección de la Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa del CIRIEC-España, quieren compartir con sus lectores la triste noticia del fallecimiento el pasado 8 de diciembre de 2018 de Primitivo Borjabad Gonzalo, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Lleida. El profesor Borjabad encadenó una brillante carrera militar con una prolífica carrera académica que compatibilizó con el ejercicio profesional de la abogacía en la ciudad de Lleida. El tema recurrente de la intensa trayectoria del Profesor Borjabad fue, sin duda, el estudio del Derecho Cooperativo, especialmente el agrario, de gran interés dentro del ámbito territorial en el que desplegó su actividad.

Las primeras contribuciones del Profesor Borjabad se remontan a 1980 en el marco del Estudi General de Lleida, configurado como delegación de la Universitat de Barcelona (UB) con la creación del *Seminario de Derecho Cooperativo* junto a la Profesora María Dolores Clúa Miquel. Desde entonces, centenares de estudiantes de la antigua Licenciatura en Derecho tuvieron la ocasión de aproximarse al movimiento cooperativo y al conocimiento de la Sociedad Cooperativa a través de múltiples actividades formativas y de las reconocidas *Jornadas Cooperativas* que versaron sobre distintos temas y sectores en los que despliegan su protagonismo indiscutible las Cooperativas: el sector agroalimentario, el crédito, los seguros, la enseñanza, entre otros. Las ponencias de estas jornadas contaron con ilustres expertos nacionales e internacionales que acompañaron al Profesor Borjabad en este proyecto inédito en tierras catalanas: Juan José Sanz Jarque, Joaquín Mateo Blanco, Agustín Luna Serrano, Luis M. Martín Ballesteros, Enrique Saez Olivito, Sergio Flores Godoy y una larga lista de colaboradores cuyas contribuciones fueron recogidas en la revista *Monografías Cooperativas* publicada por la *Asociación de Expertos Cooperativos* también fundada por Primitivo Borjabad. Precisamente para reconocer la generosa y leal colaboración de estos profesores la Asociación de Expertos Cooperativos instituyó el Premio “El labrador” que se otorgaba en el acto de clausura de las Jornadas Cooperativas.

Su incansable interés por el Derecho Cooperativo cristalizó finalmente en la inclusión de la asignatura Derecho Cooperativo en la Licenciatura en Derecho primero y en el Grado en Derecho después, así como en el Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universidad de Lleida.

Junto a la promoción del estudio del Derecho Cooperativo entre el estudiantado de la Universidad de Lleida, del Profesor Borjabad destaca su intensa actividad investigadora que cristalizó en la dirección de cuatro tesis doctorales, decenas de artículos científicos y capítulos en obras colectivas, así como la publicación del, hasta ahora, único Manual de Derecho

Cooperativo, general y catalán en 1993. Asimismo, merece ser destacada su participación en numerosos Congresos Nacionales e Internacionales, Cursos de Especialización, Masters universitarios en los que Primitivo Borjabad destacaba por su profundo y riguroso conocimiento científico de las Sociedades Cooperativas. Un sólido conocimiento teórico que tuvo ocasión de contrastar en el día a día de las sociedades cooperativas a las que prestó su inestimable asesoramiento como abogado.

Del Dr. Primitivo Borjabad Gonzalo tenemos mucho que aprender y el mayor tributo a su memoria será imitar su ejemplo de trabajador incansable, austero y afable que dedicó la mayor parte de sus esfuerzos en favor del Derecho Cooperativo. Que descanse en paz.

María José Puyalto Franco
Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Lleida

Presentación del monográfico

El número monográfico 35 de la CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, que lleva por título: “Contratación pública responsable, empresas de economía social e igualdad”, gira alrededor de estos tres temas centrales sobre los que, en este número, se ha reflexionado intensamente, y cuyos resultados en forma de artículos, han sido elaborados por autores y autoras de diferentes Universidades españolas y extranjeras, lo que además, otorga al monográfico de la revista, de reconocido prestigio académico y ya dilatada trayectoria en investigación de calidad en el ámbito de la Economía Social, una vertiente internacional que enriquece sin duda alguna el trabajo realizado.

Los temas aquí seleccionados para elaborar este monográfico pretenden reflexionar sobre el estado de la cuestión y plantear propuestas de mejora en la normativa que permitan avanzar en cuestiones que no son sencillas.

Los niveles de complejidad se han incrementado en los procedimientos de contratación pública a partir de la promulgación de la Ley de Contratos del Sector Público, que demandan un mejor seguimiento y control de las adjudicaciones y de su ejecución.

De la misma forma, es preciso que para ofrecer un servicio de calidad, las condiciones referidas a la contratación no prioricen o seleccionen como único el criterio económico porque, como ha podido constatarse hasta incluso en la realidad cotidiana, el abaratamiento de los costes -a veces hasta el límite de lo posible- repercute negativamente en los intereses sociales o el bienestar de las personas, la deslocalización, o la falta de sensibilidad con el medioambiente. Todas estas consecuencias tienen sus causas en el hecho de que en los últimos años, y principalmente desde la crisis económica, Ayuntamientos, Diputaciones, Gobiernos Autonómicos, y otras Instituciones y Corporaciones de Derecho Público, externalizaron los servicios como fórmula para abaratar los costes y responder a los recortes sobrevenidos en el gasto asignado a los mismos.

La gestión de estos servicios ha pasado a entidades privadas, asignando la Administración los servicios a aquellas empresas que estaban dispuestas a realizarlo al menor coste. Puesto que en numerosas ocasiones el menor coste del servicio no tiene una traducción referida a la mejora de la eficacia en el desarrollo de aquel, lo que nos encontramos en muchos casos es la deficiencia en la calidad ofrecida y, ligado a ello, un deterioro de las relaciones laborales, de los aspectos sociales y de los medioambientales en los que estos contratos de prestación de servicios para la Administración se ejecutan; las malas prácticas que a este respecto se han observado en algunos casos han llevado incluso a la imposición de sanciones.

Simultáneamente a estas consideraciones, debe tenerse en cuenta que las entidades del sector público, cuando contratan con entidades privadas para dar cabida a una necesidad de servicio, utilizan el dinero de los ciudadanos y las ciudadanas, por lo que el esfuerzo en ser eficaces y mantener un equilibrio sostenible aceptable se torna cuestión capital, partiendo

de la premisa de que en la provisión de estos servicios, el abaratamiento de los costes se traduce, como ya ha quedado indicado y al contrario de lo que se pretende, en el empeoramiento de la calidad que se ofrece.

En este sentido, las entidades del sector público son las encargadas de preparar los contratos, adjudicarlos y supervisar su cumplimiento, y si se dieran las circunstancias relacionadas con los incumplimientos, proceder a rescindir el contrato.

Po tanto, es aquí donde debería incidirse: seguimiento de la adjudicación y seguimiento también en el control del cumplimiento.

Aquí, las entidades de economía social tienen un papel relevante ya que defienden valores como la dignidad en el trabajo, la igualdad de oportunidades y de género, cuestiones sociales o medioambientales, etc. Todo ello tal y como queda expuesto en la Introducción que se realiza en este monográfico.

Estos temas, cuyo tratamiento supone por tanto también un reto importante, han sido abordados por los autores y autoras que han respondido a la llamada para publicaciones en este monográfico, y que los han desarrollado con solvencia, conocimiento y rigor académico y científico, y a los que damos las gracias por su colaboración en este número.

Así, Beatriz Martín analiza precisamente el tema de los contratos reservados para los centros especiales de empleo con su artículo que lleva por título: "Reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social: Régimen jurídico y doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales", trabajo al que acompañan propuestas de mejora.

En esta misma línea de contratación pública responsable y empresas de la economía social se encuentra el interesante trabajo de Sergio Canalda, que lleva por título: "Las cláusulas sociales en la contratación pública: un estudio de su idoneidad para el fomento de la economía social".

Antonio García nos presenta su trabajo sobre los Centros Especiales de Empleo, centrándose en los de Iniciativa Social, y diferenciándolos del resto de Centros Especiales de Empleo. Su artículo, realizado con rigor, lleva por título: "Centros especiales de empleo de iniciativa social. Avances legislativos realizados y ajustes necesarios".

La dimensión social de la Ley 9/2017 es una cuestión compleja y ha sido abordada con solvencia por Laura Marín con su artículo que lleva por título: "La dimensión social e inclusiva de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de los contratos del sector público. ¿Un nuevo avance en la inclusión de las personas con discapacidad?"

Incorporando cuestiones en el ámbito de la competencia, debemos destacar el esmerado trabajo de María Burzaco, "Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos".

Beatriz Gómez aborda una cuestión de gran importancia en el actual mercado laboral con su artículo: "Contratación pública socialmente responsable: la exigencia de un salario mínimo como condición especial de ejecución".

El análisis de un caso en la Comunidad de Castilla y León, es estudiado por Virginia Bragado, Noelia Muñoz y Vicente Enciso en el trabajo que lleva por título: "Contratación

pública responsable: el caso de la Junta de Castilla y León” y que nos acerca acertadamente a la realidad castellano-leonesa en esta materia.

Aborda con profusión de referencias a la normativa en la contratación pública responsable en relación con la inclusión de personas con discapacidad en el sistema portugués, la profesora Melanie Oliveira con el artículo que lleva por título “Contratação responsável e autonomia: para uma incluso social das pessoas com deficiência”.

En el mismo contexto internacional se sitúa el artículo de Jose F. Siqueira y Daniel F. Nagao, que han elaborado un trabajo sobre el importante papel de las cooperativas de residuos en Brasil: “Cooperativas de recolección de residuos sólidos y ofertas públicas: un estudio de caso brasileño”.

Por último, el presente número de la Revista incluye los trabajos de Encarnación García y de Carolina Sanchis. En el caso de Encarnación García muestra un conocimiento del tema, complejo, “Las concentraciones económicas de las sociedades cooperativas agroalimentarias y las normas de competencia”, que es abordado con rigor; y el de Carolina Sanchis, analiza con solvencia “La mediación, nuevo instrumento para el consenso al alcance de las cooperativas valencianas”. En estos dos últimos casos, y aunque los temas planteados no tienen una relación directa con los tres centrales del monográfico, (pero indudablemente indirecta y conectada con los objetivos editoriales de la revista) el interés de los mismos los hacía merecedores de un espacio para su publicación.

Finalmente, queremos agradecer al Consejo de Redacción de la Revista y a sus directores: Gemma Fajardo y Jesús Olavarría, habernos invitado a la realización de la coordinación de este número monográfico.

María José Senent Vidal
Amalia Rodríguez González
Coordinadoras

Introducción*

Contratación pública responsable, empresas de economía social e igualdad

I. La contratación pública responsable en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Las cláusulas sociales

Con la Ley de Contratos del Sector Público se transponen al Ordenamiento interno varias Directivas de la Unión Europea¹ que contaban entre sus finalidades la de “permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes” (Ap. I, Preámbulo LCSP). Se trata con ello de utilizar la gran capacidad económica de las Administraciones públicas también para la consecución de otros objetivos de interés social y general: fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la inserción de personas discapacitadas, etc....

La denominada «Contratación pública estratégica socialmente responsable» se ha definido como “aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público [...]² contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del

*El presente artículo forma parte de los resultados del Proyecto Economía Social, Autogestión y Empleo (DER2016-78732-R), EcoSocial 2020, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

1. Se trata de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE y de la Estrategia Europa 2020. Ésta última, como se ha indicado, apuesta “por el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia como vías que conducen a la creación de empleo, y en particular, para que las personas desfavorecidas y sin empleo tengan la oportunidad de participar plenamente en la economía y la sociedad.” (Fajardo, 2017, 7). Sobre los antecedentes europeos y españoles sobre contratación pública responsable, ver Autonomía Sur, Cooperativa Andaluza, 2016; Bernete; Gimeno, 2017; Lesmes, 2013:23-26; Paniagua, 2013.

2. No obstante el tenor literal de esta definición, que se refiere concretamente al sector público estatal, se ha de tener en cuenta que las administraciones públicas autonómicas y locales son tanto o más activas en la implementación efectiva de la contratación pública socialmente responsable. Así lo hacen patente, por ejemplo, la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura, o las diversas normas reguladoras que vienen promulgando diferentes ayuntamientos y corporaciones provinciales. Ver al respecto Moraga, 2017, y <http://www.conr.es/>. Una de las normas autonómicas más recientes es el Decreto 75/2019, de 23 de mayo, por el que se establecen las directrices de política general sobre la incorporación de criterios y cláusulas sociales en la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria. También se adoptan en otras administraciones públicas, “como la universitaria o los servicios sanitarios” (Fresnillo, 2018:239).

contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017” (art. 3.1 Orden PCI/566/2019)³.

Para ello, el artículo 1.3 LCSP expresa la obligación de incluir, en toda contratación pública (“de manera transversal y preceptiva”), criterios sociales, medioambientales e innovadores. La única condición que modula esta obligación es que los criterios guarden relación con el objeto del contrato⁴, “en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos⁵. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

Puesto que la contratación pública se realiza mediante un extenso y complejo proceso, se ha de atender en su análisis a diferentes fases. Así, aplicando el denominado “*virtuoso ciclo* PDCA, secuencia lógica de la buena gestión”, podemos distinguir entre “planificación [...], preparación (selección y adjudicación) ejecución del contrato y evaluación (control

3. Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019). En su preámbulo se refieren detalladamente los antecedentes normativos y jurisprudenciales, europeos y españoles de la contratación pública estratégica socialmente responsable, entre los que se incluye la “Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020” haciendo mención a que en ella (Eje n.º 1, puntos 4 y 5) “se hace referencia al fomento de la inclusión de la economía social en las actuaciones del Gobierno así como a la aplicación de la normativa de contratación pública como instrumento de generación de valor social, se recoge el fomento de las cláusulas sociales en la contratación, se menciona expresamente la reserva de contratos a entidades de economía social que recoge la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y se prevé un seguimiento de la implantación de estas medidas y de porcentaje de empresas de la economía social que acceden a contratos públicos”.

4. A tal respecto, el art. 145.6. LCSP indica que “Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

Se ha indicado que “el nivel de exigencia en relación con esta vinculación es mayor si cabe cuando nos referimos a las condiciones sociales y/o medioambientales, toda vez que so pretexto de lograr la consecución de objetivos públicos de extraordinaria relevancia, existe el riesgo de subvertir los principios generales que deben regir la contratación administrativa”. En cualquier caso, “en el orden práctico, el examen de si un concreto criterio social está vinculado o no al objeto del contrato constituye un aspecto controvertido, sometido a debate doctrinal y no resuelto jurisprudencialmente que en todo caso deberá examinarse caso por caso.” (Pozo, 2018).

5. Y ello a pesar de opiniones contrarias como la de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que, en su Informe de 16 de julio de 2015 sobre el Anteproyecto de Nueva Ley de Contratos del Sector Público, consideró que la contratación pública no es el instrumento correcto para el cumplimiento de los objetivos sociales comunes incluidos en las Directivas, estimando que existen otros instrumentos más apropiados y “menos distorsionadores de la competencia”, tales como, por ejemplo, la política de beneficios e incentivos fiscales. Sobre los supuestos riesgos para la libre competencia y su eventual colisión con otros derechos constitucionales volvemos más adelante.

interno y externo)” (Bernabé Palacín, en Arias, 2019). En la actividad de planificación, el momento de elección del objeto del contrato se identifica como “una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto que se corresponda con sus objetivos sociales” Por ello, se “recomienda incluir expresamente los objetivos o consideraciones sociales a satisfacer dentro del objeto o descripción del contenido del contrato, con la finalidad de salvaguardar la exigencia comunitaria de vinculación entre estas consideraciones y el objeto contractual” (Pozo, 2018). Con posterioridad, en la preparación del contrato público pueden establecerse criterios de admisión (Lesmes, 2009:50), criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución que supongan condiciones cualitativas de carácter social.

Por lo que respecta a los criterios de admisión a los procesos de contratación pública, algunos de ellos pueden actuar como criterios de contratación pública responsable, al establecer determinadas prohibiciones de contratar o concretos requerimientos de solvencia técnica. Respecto de las primeras, se han de formular con mucha precisión técnica, ya que, como se ha señalado, “no será conforme a derecho y constituiría causa de nulidad de la licitación el establecimiento de cualquier requisito para contratar que exceda los establecidos en la Ley, por muy loable o deseable que pudiera parecer”. Además, “tales prohibiciones legales deben ser interpretadas restrictivamente en cuanto que suponen una limitación de derechos en el marco de una economía de libre mercado” (Pozo, 2018).

El art. 75 LCSP establece un listado de prohibiciones de contratar, entre las que se incluyen, por ejemplo, las empresas que no cumplan, en su caso, con la obligación de contar con un plan de igualdad; también aquellas que hayan sido sancionadas por infracción grave en materia “de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación”. Asimismo, prevé como causa de prohibición de contratar el incumplimiento de las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución (Pozo, 2018).

En cuanto al establecimiento de condiciones mínimas de solvencia técnica que deban alcanzar las personas licitadoras en cada medio seleccionado, así como el instrumento concreto exigido para la acreditación, se han de determinar en los pliegos de cláusulas administrativas. Y puesto que dentro de la solvencia técnica pueden demandarse requisitos en relación con el personal y su cualificación suficiente para alcanzar correctamente el objeto del contrato, no debería descartarse, a nuestro parecer, el requerimiento de contar con personal capacitado en materia de igualdad y no discriminación.

En relación con los criterios de adjudicación el art. 145 LCSP establece como principio general que “1. La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio”⁶; y que “Los criterios

6. Se establece así mismo que los criterios cualitativos “deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148” (art. 145.2, *in fine*, LCSP). Sin embargo, “en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación” (art. 145.3, LCSP).

cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales". En relación con las características sociales que pueden incluirse, se realiza una enumeración abierta (art. 145.2, 1º, 3r párr. LCSP, "se referirán, entre otras,"), en la que destaca, a nuestros efectos, que pueden ser aspectos a valorar: el fomento de la contratación e integración social de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo (CEE) o Empresas de Inserción (EI); y la adopción de medidas para la igualdad entre mujeres y hombres, especialmente la realización de planes de igualdad, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. También se pueden incluir criterios de carácter ético o de responsabilidad social y el fomento de relaciones comerciales de Comercio justo. En cualquier caso, los criterios de adjudicación "deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación".

Precisamente, las propuestas de adopción de cláusulas sociales (desde diferentes sectores sociales, académicos e institucionales, pero especialmente desde las redes de economía social y solidaria y las entidades del tercer sector) se han fundamentado a partir de "la hipótesis de que la priorización del factor precio en la contratación pública genera una mayor precarización del trabajo, una disminución en la calidad del servicio y un mayor impacto en el medio ambiente o la desigualdad de género [...] se propone la adopción de cláusulas sociales como medidas para tratar de garantizar que el impacto de la contratación pública sea positivo. Es decir, que, más allá de los criterios técnicos y del precio, no se obvian otros criterios, como pueden ser la remuneración salarial, la equidad en la composición de la plantilla y los salarios o la estabilidad laboral, así como principios de carácter social y antidiscriminatorio" (Fresnillo, 2018:235).

La LCSP también ha previsto que las condiciones sociales actúen, en su caso, como criterio de desempate para la adjudicación en caso de igualdad entre proposiciones. En efecto, su art. 147⁷ indica que "los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate" entre dos o más ofertas, en favor de empresas que tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa; empresas de inserción; empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; y, en determinados contratos con finalidades específicas, a entidades sin ánimo de lucro y a organizaciones de comercio justo.

En cuanto a las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego "al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo

7. Para una crítica de los aspectos técnicos de la redacción del art. 147 LCSP, ver "Criterios de desempate... por si se produce un empate... entre dos o más ofertas... ¿Europa como excusa?", de Julio Tejedor Bielsa, en <https://www.administracionpublica.com/criterios-de-desempate-por-si-se-produce-un-empate-entre-dos-o-mas-ofertas-europa-como-excusa/>

202” (Ap. V, Preámbulo LCSP). Dicho artículo enuncia, efectivamente, pero también a título meramente ejemplificativo, algunas de las finalidades a que pueden dirigirse las consideraciones de tipo social o relativas al empleo. Se trata de una enumeración similar a la contenida en el art. 145.2 LCSP. Los pliegos pueden contener penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones, que también son exigibles, en su caso, a las personas subcontratistas.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que para acreditar tanto criterios de adjudicación como condiciones de ejecución del contrato, los órganos de contratación correspondiente pueden exigir “una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género” (art. 127.2 LCSP).

II. Las empresas de Economía social en la contratación pública responsable. La reserva de contratación

En este somero recorrido por la regulación de las cláusulas sociales en la LCSP ya hemos visto cómo, en diversos momentos se reconoce explícitamente que las empresas de Economía social, ya sea en su conjunto ya en algunas de sus formas jurídicas específicas, como los Centros Especiales de Empleo o las Empresas de Inserción, son estructuras idóneas para la realización de las políticas sociales que con aquéllas se pretenden fomentar⁸.

En efecto, las empresas de la economía social vienen desempeñando un papel significativo en la lucha contra las elevadas tasas de desempleo y reducidas tasas de crecimiento de la productividad de la economía española⁹. Y lo hacen porque sus objetivos y fines van más allá de la maximización de beneficios, primando la atención a las personas y a sus fines sociales sobre el capital¹⁰ [art. 4, a) de la Ley de Economía Social, LES], haciendo suyos, además, los valores y principios relacionados con la “promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de

8. Así lo explicita, p. e., el art. 12.3, 2º p.º de la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura: “En todo caso, se entienden de carácter social, pudiendo establecerse como criterio de desempate en los pliegos, las ofertas de los licitadores que hayan acreditado su condición de «empresa socialmente responsable», así como por las «sociedades cooperativas»”.

9. Informe de situación de la economía española de julio de 2018 elaborado por el Ministerio de Economía y Competitividad según lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Disponible en <http://www.hacienda.gob.es/CDI/estabilidad%20presupuestaria/situaci%C3%B3neconomia2018.pdf>

10. “La discriminación positiva que reivindicamos encuentra su sentido cuando determinadas personas o colectivos precisan de una especial protección y se justifica además por diferenciarse de empresas convencionales en su finalidad y resultados, poseyendo un mayor alcance que el de la rentabilidad económica, así como por su naturaleza cívica y carácter social que contribuye al beneficio de la colectividad y a la cohesión social”, Bernete, 2.

exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad” [art. 4, c) LES].

En su búsqueda de soluciones a problemas sociales básicos de una manera autosuficiente y rentable, crean valor económico y social, a través del progreso social mediante la ayuda que prestan a aquellas personas que sufren los efectos no deseados de la situación económica (Alfonso, 2012:242); y lo hacen internalizando en la mayor parte de las ocasiones (especialmente las empresas de reducidas dimensiones) los costes sociales y laborales derivados del desarrollo de su objeto social (en el mismo sentido, Paniagua, 2013:186, 187 y 198)¹¹. Para hacer frente a tales costes, las entidades representativas de las empresas de economía social en general y las de los CEE y las EI en particular han venido luchado durante décadas por diversas medidas: el reconocimiento de un régimen fiscal favorable; la introducción de criterios sociales en la contratación pública; y lo que se ha denominado “mercados sociales” (Paniagua, 2013:199, citando a Lesmes, 2006; Ruiz, Retolaza y Mugarra, 2007; y REAS Euskadi, 2010), esto es, la reserva de cuotas de mercado público mediante las denominadas “reservas de mercado”.

Con la promulgación de la LCSP se da forma, como hemos visto, a la posibilidad de establecer cláusulas sociales que, en buena medida, van a beneficiar a las entidades de economía social; y, como veremos, también se reconocen determinadas reservas de mercado. Tales medidas se han recibido por las entidades representativas de las empresas de economía social en el sector con esperanza, por lo que puede suponer de fomento de la contratación con las administraciones públicas, pero también con cautela (ver, p. e. Cantalapiedra, 2018:140; Cobacho, 2018:167; Moratalla, 2018:123). En efecto, se han señalado reiteradamente, tanto por parte de las personas y órganos de las administraciones públicas encargados de su implementación y control de legalidad como por parte de las entidades potencialmente contratistas, las notables dificultades para su implantación y ejecución.

Por una parte, se señala la complejidad que añade al proceso de contratación pública la necesidad de acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas por las cláusulas sociales o por las reservas de contratación. Por otra parte, no parece que se haya alcanzado un correcto control de la ejecución¹² (auditoria social, balance social, evaluación de indi-

11. Porque, como afirma este autor, “la expulsión del mercado de trabajo de ciertos colectivos –convertidos en millones de personas con la vigente y muy dilatada Gran Recesión– obliga a los Estados nacionales al pago de prestaciones por desempleo, de prestaciones asistenciales y a la intensificación de las políticas activas de empleo”. Tales desembolsos públicos pueden verse paliados mediante el fomento de EI, CEE y otras empresas de economía social. En ese sentido, “el legislador estatal reconoce, y así lo confirman los estudios existentes (VECIANA, 2007), la existencia de unos sobrecostes para la EI derivados de la contratación del personal de acompañamiento que necesitan las personas en proceso de inserción, de las mayores tasas de absentismo laboral –al menos, al principio del itinerario de inserción– de los trabajadores de inserción, y de la menor productividad laboral de los trabajadores de inserción que se incorporan a los citados itinerarios” (Paniagua, 2013:198).

12. En relación con ello se ha referido, sin embargo, una práctica interesante: el Acuerdo entre la XES (Xarxa d’Economia Social i Solidaria) y el Ayuntamiento de Barcelona para que el programa informático desarrollado por la primera para la aplicación del Balance Social sea la base del seguimiento municipal de la implementación de las cláusulas sociales de contratación del consistorio: “De esta manera, el conocimiento colectivo generado con los años desde la economía social y solidaria puede incidir de manera directa en hacer efectiva la inclusión de criterios sociales, ambientales y democráticos en los contratos públicos”, <http://mercatsocial.xes.cat/noticies/balanc-social-aliat-clau-contractacio-sostenible-lajuntament-barcelona/>

cadoreos sociales, etc.), lo que habría terminado perjudicando a las empresas de economía social, que sí incorporan estos mecanismos como parte de su ADN. Se estaría favoreciendo con ello el acceso a las licitaciones y a la contratación pública responsables de las grandes corporaciones que se dedican también, dentro de su a veces amplio objeto social, a la atención a las personas en sentido general, lo cual se compadecería poco con los objetivos expresados de la LCSP en relación con hacer posible que las pequeñas empresas, las especializadas en los servicios de atención a las personas, tengan posibilidades de concurrir a estas licitaciones públicas (art. 1.3 LCSP; Rodríguez, 2017:127).

En sentido opuesto, tampoco han estado exentos de críticas estos instrumentos de fomento de políticas sociales mediante la contratación pública por parte de quienes consideran que vulnerarían los principios de igualdad y libre concurrencia en la contratación pública. Frente a ello se han de reiterar las finalidades de interés social y general a que atienden tanto las EI (Paniagua, 2013:193, 194 y 198) como los CEE y que justifican plenamente la contratación preferente y la reserva de contratación. Más aún, “lo que la EI obtiene del mercado [y, a nuestros efectos, también otras entidades de la Economía social] se transforma como indicamos en un doble ingreso público: primero, como ingresos fiscales y sociales (los impuestos y las cotizaciones sociales) y, segundo, como ahorro de gasto social (las prestaciones sociales contributivas o no)”. En relación con ello argumenta también Lesmes (2012), “¿Cuántas veces hemos oído la afirmación de que la contratación pública es una cosa y las políticas sociales son otra? ¿0 que las cláusulas sociales encarecen la adjudicación? ¿Y que atentan contra la libre concurrencia? [...] ¿0 que resultan meramente decorativas pues no se pueden evaluar objetivamente ni comprobar su aplicación? Así sucede con demasiada frecuencia, se descalifica su legalidad o se cuestiona su aplicación técnica sin atender a las novedades normativas que han incorporado las cuestiones sociales en la normativa de contratos públicos y sin considerar las numerosas experiencias ejemplarizantes. Por lo tanto y como punto de partida debemos afirmar que las cláusulas sociales son completamente legales, que la contratación pública responsable resulta más barata y eficiente, que existen cláusulas sociales con fórmula aritmética y fácilmente verificables, que las políticas sociales y los contratos públicos conforman ámbitos plenamente sinérgicos¹³, y que las Directivas y la jurisprudencia comunitaria¹⁴ lo avalan de forma reiterada”.

Por todo ello, desde la Xarxa d’Economia Social i Solidària-XES (Surinyach, 2017) se ha planteado la necesidad de una reflexión sobre el modelo de gestión de lo público. Ante la disyuntiva entre la contratación de servicios públicos a terceros aunque sea con cláusulas sociales, ambientales y de género y la (re)municipalización de estos servicios, lo que se propone es el «paradigma de la concertación público-cooperativa-comunitaria»: “decimos

13. “las cláusulas sociales permiten generar un círculo virtuoso de enorme impacto: si las Administraciones Públicas exigieran a sus licitadores el cumplimiento de ciertos estándares sociales y ambientales, se produciría una competencia entre las empresas por cumplirlos y aún mejorarlos para resultar adjudicatarios”, Lesmes, 2012:17.

14. Paniagua, 2013:203 y 204: “No exageramos si afirmamos que el mayor impulso a los criterios sociales en la contratación pública armonizada se debe a la sensibilidad (social) y la valentía (jurídica) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy, de la Unión Europea) (TJCE o TJUE)”.

público para referirnos a la necesaria titularidad pública de los recursos comunes; decimos cooperativa para referirnos a la necesaria gestión cooperativa de estos recursos; y decimos comunitaria para referirnos a la necesaria tutela y control comunitario de la gestión y uso que se hace de éstos”.

En cuanto a la que se conoce como “reserva de contratación”, es la Disposición Adicional 4ª LCSP la que establece que se habrán de aprobar por el Consejo de Ministros “porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos¹⁵ a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción [...] o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido”. Se mantiene, pues la reserva ya establecida en la legislación anterior¹⁶ en favor de los CEE, ampliándose ahora a las EI y reclamando el cumplimiento de sus obligaciones en materia de porcentajes de plantilla establecidos en su respectiva regulación (Ap. V, Preámbulo LCSP).

Se ha señalado que salvo tales supuestos legales de reserva de contratos, “no cabe la posibilidad de primar la contratación con determinadas entidades en razón de que su actividad coadyuve a ciertos objetivos sociales” (Pozo, 2018). Por nuestra parte, matizamos tal interpretación, por cuanto, como veremos, precisamente para corregir desigualdades y discriminaciones de partida, la Ley Orgánica de Igualdad obliga a las administraciones públicas a establecer medidas de acción positiva (art. 11 LOIEMH)¹⁷. Por ello, si bien es cierto que favorecer a singulares entidades podría interpretarse como una contravención del principio de libre competencia (ver al respecto, en particular, Vañó, 2016:201 y 202), no lo es menos que pueden (y en algunos casos deberían) establecerse criterios de valoración objetiva que promuevan la contratación preferente con tipos, categorías de entidades que, por su misma estructura y configuración, se considere que contribuyen a “corregir situaciones patentes de desigualdad”. Es el caso, en nuestra opinión, de las entidades de economía social (ver, también en tal sentido, Bengoetxea, 2017:77, en relación con la necesidad de “combatir la histórica discriminación de las personas con discapacidad en el acceso al empleo, y procurar avanzar hacia la igualdad de oportunidades”).

15. Artículo 132 LCSP, “Principios de igualdad, transparencia y libre competencia”: 1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

16. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social ya establecía en su artículo Cuarto una redacción esencialmente idéntica del Acuerdo que habría de establecer los porcentajes de reserva de contratación, con la salvedad de que entonces no se especificaba que los CEE habían de ser “de iniciativa social”, como veremos que sucede ahora.

17. Artículo 11 LOIEMH: “Acciones positivas.1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”.

Los denominados por la LCSP “Centros Especiales de Empleo de iniciativa social” vienen definidos en el art. 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, para los que se requiere que, además de cumplir con los requisitos generales a que se someten todos los CEE, sean promovidos y estén participados en al menos un 50% de su capital por parte de entidades que no tengan ánimo de lucro “o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos”, ya sean entidades de la economía social o pública o mercantiles de propiedad de aquéllas o bajo su control (art. 42 CCo); y “se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social”. Con ello, las organizaciones representativas de la Economía social pudieron conseguir, en el proceso de elaboración de la LCSP, “limitar la participación a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, algo trascendental como bien saben en el sector y con lo que se espera evitar la competencia por parte de CEEs con ánimo lucrativo y en ocasiones intereses dudosos” (Consultoría De Par en Par, 2017).

En cuanto a las empresas de inserción, según lo previsto en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para su regulación (LEI), pueden ser tanto sociedades mercantiles como cooperativas que proporcionen a personas en riesgo de exclusión social previstas en su art. 2 “itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deberán tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario” (art. 4 LEI)¹⁸.

En relación con el citado Acuerdo del Consejo de ministros que haya de fijar los porcentajes mínimos de reserva, el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable prevé “la creación de un grupo de trabajo¹⁹ [...] que, en el plazo máximo de seis meses, deberá realizar los trabajos preparatorios necesarios para su adopción por parte del Consejo de Ministros”. En cualquier caso, la misma Disposición Adicional Cuarta LCSP ya preveía que si el Acuerdo no se adoptaba en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley “los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7%, que se incrementará hasta un 10 % a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación” de determinados suministros y servicios en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva”. Como se ha puesto de relieve, “El plazo señalado ya ha vencido

18. Diversas comunidades autónomas cuentan también con Leyes o Decretos reguladores de las empresas de inserción en sus territorios. Los requisitos presentan ligeras variantes con respecto a las de ámbito estatal. Sobre la génesis y las características jurídico-económicas de las EI, ver Paniagua, 2013.

19. Dicho grupo de trabajo debía crearse en el seno de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, que ya fué constituida mediante el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo 1719/2019, de 3 de diciembre ha anulado dicho Real Decreto, y con él a la Comisión Interministerial, por un defecto procedimental: omitirse el trámite de audiencia en su proceso de elaboración (<http://pedrocorvinosabogado.es/tag/comision-interministerial-para-la-incorporacion-de-criterios-sociales-en-la-contratacion-publica/>)

(9/3/2019). Por tanto, opera ya, por imperativo legal, la necesidad de aplicar el porcentaje mínimo de reserva del 7 por ciento” (García Molinero, 2019).

También prevé la Disp. Ad. Cuarta LCSP que “el órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales” adopte el acuerdo correspondiente para el establecimiento de porcentajes mínimos de reserva de contratación. En su virtud, son ya varias las administraciones autonómicas y locales que se han dotado de tales normas²⁰.

Además, la Disposición Adicional Cuadragésima Octava LCSP autoriza que los órganos de contratación correspondientes reserven el derecho de participar en determinados tipos de licitaciones sobre prestación de servicios sociales, culturales y de salud a organizaciones que cumplan varias condiciones entre las que destacan, a nuestros efectos, que los eventuales beneficios se reinviertan en la organización o, en otro caso, se distribuyan “con arreglo a criterios de participación”; y 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” (ver al respecto, Castelló, X, 2017:89-91).

Por lo demás, como hemos puesto de relieve con anterioridad (Rodríguez, 2018), llama la atención la falta de mención expresa a otro tipo de empresas de la economía social, las denominadas por la Ley estatal de cooperativas (LCOOP) “cooperativas de iniciativa social” que, junto con los CEE y las EI, también pueden orientar su actividad a “la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social” (art. 106.1 LCOOP). Son, además, entidades “sin ánimo de lucro”, tanto porque así se establece en el citado art. 106.1 LCOOP como en la Disp. Ad. 1ª LCoop. Y, en tercer lugar, pueden formar parte de ellas tanto las entidades y organismos públicos (art. 106.2 LCOOP) como las personas jurídicas privadas, si bien, en este último caso, en la medida en que lo permitan las normas relativas a la clase de cooperativa a la que pertenezcan en razón de su actividad (arts. 12 y 106.3 LCOOP).

No debe olvidarse, además, que las cooperativas de iniciativa social sin ánimo de lucro que se dedican a la integración sociolaboral de personas en riesgo de exclusión social cumplen funciones similares a las EI (Ramos, 2017:85-87) y CEE de iniciativa social (Bengoetxea, 2017:77-78). En la realización de tales actividades, no sólo se encuentran con las mismas dificultades para acceder y consolidarse en el mercado en igualdad de condiciones que otras empresas (normalmente de corte capitalista) que desarrollan actividades en el sector de atención a las personas en sentido amplio. También internalizan los costes sociales inherentes a la consecución de los fines sociales de interés general que se alcanzan mediante la integración de las personas atendidas. Dicho de otro modo, las cooperativas de iniciativa social, con su actividad también asumen costes adicionales que, en otro caso, deberían ser realizados por las administraciones públicas. Todo ello, como se ha indicado (Paniagua, M., 2013 b: 8), es lo que fundamenta la necesidad de que el marco legal establezca medidas para

20. Ver, al respecto, p. e., *El acuerdo para establecer el porcentaje de reserva de contratos públicos para el fomento de la empleabilidad de las personas con discapacidad*, publicado por la Asociación Empresarial de Centros Especiales de Empleo, AECEMCO, <https://www.aecemco.es/pdf/3-EL-ACUERDO-PARA-ESTABLECER-EL-PORCENTAJE-DE-RESERVA-DE-CONTRATOS-PUBLICOS.pdf>

compensar las dificultades y los gastos que implica la internalización de tales costes sociales. Una de estas medidas compensatorias, bien hubiera podido ser su inclusión expresa dentro del ámbito subjetivo de la D.A 4ª LCSP.

Caben, no obstante, vías indirectas para la consideración de las cooperativas de iniciativa social dedicadas a la integración sociolaboral de personas en riesgo de exclusión como entidades legitimadas para participar en las reservas de contratación pública reguladas en las Disp. Ads. Cuarta y Cuadragésima Octava LSCP. Por una parte, el art. 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, al definir los CEE de Iniciativa social y enumerar los tipos de entidades que pueden ser sus promotoras y participar en ellos sí menciona explícitamente a las “cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social”. Por otra parte, las empresas de inserción pueden adoptar ellas mismas la forma de cooperativas (art. 4 LEI) y/o ser promovidas y participadas por ellas (art. 5, a LEI). En cualquier caso, tales posibilidades no hacen sino confirmar la ocasión perdida por parte del poder legislativo para el reconocimiento explícito en la LCSP de la labor social que realizan las cooperativas de iniciativa social.

III. La igualdad en la contratación pública responsable y en las EES

La LOIEMH ya establecía, en 2007, en su artículo 33, la posibilidad de que “de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”, los órganos de contratación de las Administraciones públicas introdujesen “condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo”. Además, el artículo 34 LOIEMH, por una parte, imponía al Consejo de Ministros la obligación de determinar anualmente “los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo” así como, en su caso, las características de tales condiciones. Y, por otra parte, se autorizaba a los órganos de contratación a que estableciesen cláusulas de preferencia en la adjudicación a las empresas que ya cumplieren tales directrices en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional.

El artículo 33 LOIEMH es una concreción de los mandatos generales contenidos en los artículos 11.1 y 15 LOIEMH. El primero establece que “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

Por su parte, el art. 15 LOIEMH indica que el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres ha de informar, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas han de integrarlo, “de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus activi-

dades". Se ha indicado que "las cláusulas sociales referidas a la igualdad de género entre mujeres y hombres, suponen la aplicación del principio de «mainstreaming», utilizando la perspectiva de género de forma transversal en una política de tanta importancia como es la contratación pública" (Lesmes, 2009:50)²¹.

Se trata de sendos mandatos, no de decisiones discrecionales²²; requieren, por tanto, de acciones, de adopción de medidas por parte de las Administraciones públicas, encaminadas a lograr la igualdad de mujeres y hombres, entendida ésta también en su sentido negativo, esto es, como "ausencia de toda discriminación, directa o indirecta". Es en este contexto en el que se ha de enmarcar la inclusión de cláusulas sociales en materia de igualdad en la contratación de las Administraciones Públicas, como herramientas que pueden acabar siendo esenciales, por ejemplo, en la mejora de las tasas de empleabilidad femenina: "una herramienta notoriamente desaprovechada son las contrataciones y las subvenciones públicas. No se trata de una actuación cualquiera, sino que poseen una notable incidencia, debido a su enorme importancia cuantitativa (económica-presupuestaria, alcance, impacto) y su potencial cualitativo (carácter ejemplarizante, referencia y modelo, transferencia y replicabilidad, repercusión en el sector empresarial)" (Lesmes, 2009).

A ello puede añadirse que las empresas de economía social en general, y particularmente las que atienden a las personas en riesgo de exclusión social y/o con discapacidad, son entidades potencialmente orientadas a la procura de la igualdad de mujeres y hombres y mejor estructuradas para ello. A las explícitas referencias que se recogen entre sus principios configuradores [art. 4, c), LES ya citado], como hemos señalado reiteradamente (ver, p. e., Senent, 2019), "Las cooperativas (y también otras entidades de economía social) son empresas potencialmente idóneas para la adopción de medidas de acción positiva que faciliten la igualdad entre mujeres y hombres [...]. Por una parte, sus principios y valores incluyen una vocación explícita de igualdad y de interés social; por otra, su estructura participativa y flexible podría favorecer la presencia y participación en ellas de mujeres"²³.

Ya hemos visto en apartados anteriores las diversas menciones que incluye la LCSP a la posible adopción de cláusulas sociales dirigidas a procurar la igualdad de mujeres y hombres

21. No obstante, como indica Moraga (2017:6), aunque "la incorporación de cláusulas sociales de igualdad en la contratación pública supone una nueva mirada ante la contratación, y la incorporación de acciones positivas puntuales supone un gran avance, [...] sería necesaria la incorporación de la transversalidad de género en el sentido de que los contratos tuvieran un objeto mixto, siendo la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres el objeto prioritario o accesorio y se integrase transversalmente el género en todas las fases del contrato".

22. Generalitat de Catalunya, 12/09/18, *Acord del Govern pel qual s'aprova la Guia per a la incorporació de la perspectiva de gènere en els contractes públics*: "queda patente que existe un marco legislativo que obliga a integrar la perspectiva de género en todos los ámbitos para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres".

23. Se han señalado, por ejemplo, como ventajas particulares, que la forma jurídica cooperativa aporta a las mujeres "una estrategia educativa" que les posibilita adquirir nuevas competencias y aptitudes; "un medio para lograr la satisfacción de necesidades básicas de ellas y de sus familias", proporcionándoles una cierta seguridad en el empleo, la posibilidad de participar directamente de los excedentes generados y unas mejores condiciones de trabajo (compatibilidad laboral y personal, flexibilidad, trabajo en equipo...); y "una estrategia organizativa" que les permite adquirir "mayor poder de decisión y aumentar su status social" (Ulshoefer, 1991:2) . Ver al respecto también el Informe de la OIT, *Avanzar hacia la igualdad: el camino cooperativo*, pp. 8 a 10.

(ver al respecto también Fresno, 2018:239 y ss.). Como síntesis, se ha indicado (Lesmes, 2009:50) que «podemos incluir cláusulas sociales –separada o conjuntamente– en diferentes fases del proceso de contratación.

- Como un requisito previo (Criterio de Admisión o Selección de Licitadores):
 - Mediante prohibiciones para contratar por el incumplimiento de la normativa en materia de igualdad entre mujeres y hombres.
 - Mediante el requerimiento de solvencia técnica o la acreditación de experiencia sobre igualdad entre mujeres y hombres.
- Como un elemento de valoración (Criterio de Adjudicación):
 - Incorporando la perspectiva de género en el baremo que determinará la adjudicación del contrato.
 - Mediante la introducción de la perspectiva de género como variantes o mejoras.
 - Como un criterio de desempate.
- Como una condición de ejecución (Criterio de Obligación), estableciendo condiciones obligatorias sobre igualdad entre mujeres y hombres en la fase de ejecución del contrato».

Pueden verse diversos ejemplos de cláusulas sociales de igualdad para cada fase en la *Guía per a la incorporació de la perspectiva de gènere en els contractes públics* de la Generalitat de Catalunya; en Lesmes, 2009: 54 y ss.; y en Fresno, 242 a 253. Esta autora coincide en señalar (pág. 253) que, también para las cláusulas de igualdad, “uno de los principales retos de la contratación pública responsable y sostenible [...], es la falta de capacidad de seguimiento de la aplicación de las medidas comprometidas por las empresas en el marco de las condiciones del contrato. [...] Según la normativa, es la administración pública (los poderes adjudicadores) los que han de controlar la ejecución de las cláusulas, haciendo constar en los pliegos cómo ha de acreditar la empresa contratista el cumplimiento y cuáles son los mecanismos de control por parte del poder adjudicador [...]. Esta realidad choca directamente con la falta de recursos de que dispone la administración pública, y en particular las administraciones municipales, especialmente a partir de la aplicación de las medidas de austeridad.” Y para el caso concreto de la Generalitat de Catalunya, que es el que la autora describe con más detalle, muestra cómo en su Guía, “lejos de proponer dotarse de recursos para controlar el cumplimiento, se recomienda limitar la adopción de cláusulas sociales a la capacidad administrativa de hacer efectivo este control”. Nuestra experiencia con otras administraciones públicas nos ha hecho constatar que ésta es la tónica generalizada.

Finalmente queremos dar las gracias a los directores de la Revista, Gemma Fajardo y Jesús Olavarría por habernos dado la oportunidad de coordinar este nuevo número monográfico”

Amalia Rodríguez González
Profesora T. U. Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

María José Senent Vidal
Profesora T. U. Derecho Mercantil
Universitat Jaume I

Bibliografía

- ALFONSO, R. (2012): “La responsabilidad social en las entidades público-privadas”, en AA.VV., *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas* (Embid Irujo, J.M. / Emparanza Sobejano, A dirs.), Madrid, Marcial Pons.
- ARIAS, A. (2019): “Hacia una estrategia nacional de la contratación pública”, *Fiscalización.es*, <https://fiscalizacion.es/2019/11/07/hacia-una-estrategia-nacional-de-contratacion-publica/>, 23/11/19.
- AUTONOMÍA SUR, COOPERATIVA ANDALUZA (2016): *Cláusulas sociales en la contratación pública. Definición, finalidad, marco normativo, objetivos, tipos y ventajas de las cláusulas sociales en la contratación pública*, <http://autonomiasur.org/wp/mdocs-posts/clausulas-sociales-en-la-contratacion-publica/>, 01/01/20.
- BENGOETXEA, A. (2017): “El empleo de las personas con discapacidad: régimen jurídico básico y algunos apuntes sobre la problemática latente”, en VV. AA., *Empleo, innovación e inclusión en la Economía social. Problemática jurídica y social* (coord. Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 73-84, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/empleo-innovacion-e-inclusion-en-la-economia-social-problematika-juridica-y-social.pdf>, 01/01/20.
- BERNETE, J.: *Cláusulas sociales*, Equal Aldebarán, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewi81IzEvePmAhULrxoKHZGmDjMQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fmigrant-integration%2F%3Faction%3Dmedia.download%26uuid%3D2A3CAF87-D434-76A3-8AFE541C5341C45A&usq=A0vVaw1qMje2WQlo3lk8jpHnh43A>, 01/01/20.
- CANTALAPIEDRA, J. (2018): “ATADI, Centro Especial de Empleo”, en VV. AA., *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la Economía social* (coord., Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 135-140, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/la-promocion-del-emprendimiento-y-la-insercion-social-desde-la-economia-social-1.pdf>, 01/01/20.
- CASTELLÒ, X. (2017): “La inserción sociolaboral de colectivos en situación o riesgo de exclusión social a través de las empresas de inserción. La experiencia de Reciplana Recuperacions S.L.”, en VV. AA., *Empleo, innovación e inclusión en la Economía social. Problemática jurídica y social* (coord. Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 89-96, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/empleo-innovacion-e-inclusion-en-la-economia-social-problematika-juridica-y-social.pdf>, 01/01/20.
- COBACHO, F. (2018): “Viajes a la dignidad, los itinerarios de inserción de la Fundación Novaterra”, en VV. AA., *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la Economía social* (coord., Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 157-168, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/la-promocion-del-emprendimiento-y-la-insercion-social-desde-la-economia-social-1.pdf>, 01/01/20.

- CONSULTORÍA DE PAR EN PAR (2017): “Cláusulas y novedades sociales en la nueva Ley de contratos Públicos”, el portal de la Economía Solidaria, REAS RED DE REDES, <https://www.economiasolidaria.org/noticias/clausulas-y-novedades-sociales-en-la-nueva-ley-de-contratos-publicos> , 01/01/20.
- FAJARDO, G. (2017): “La contribución de la economía social a una sociedad innovadora, inclusiva y responsable como objeto de investigación universitaria”, en VV. AA., *Empleo, innovación e inclusión en la Economía social. Problemática jurídica y social* (coord. Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 7-15, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/empleo-innovacion-e-inclusion-en-la-economia-social-problematika-juridica-y-social.pdf>, 01/01/20.
- FOLGADO, L. (2018): “La Nueva Ley de Contratos del sector público, ¿será de verdad una oportunidad para las cooperativas?”, FEVECTA BLOG, https://blog.fevecta.coop/reflexiones_cooperativismo/contratos-sector-publico/?boletin=si, 01/01/20.
- FRESNILLO, I. (2018): “Contractació pública responsable i clàusules socials per revertir la desigualtat de gènere. Oportunitats i límits”, en VV. AA., *Innovacions locals contra la desigualtat de gènere a l'ocupació*, (coord. María de la Fuente), Institut de Ciències Polítiques i Socials, adscrit a la Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 221-268, <https://www.icps.cat/archivos/CiPdigital/cip-g36delafuente.pdf?noga=1> , 01/01/20.
- GARCIA, Á. (2019): “«Un Plan a medio camino» – Plan para el Impulso de la Contratación Pública Socialmente Responsable”, <https://reflexionesdeuninterventor.wordpress.com/2019/05/28/un-plan-a-medio-camino-plan-para-el-impulso-de-la-contratacion-publica-socialmente/>, 01/01/20.
- GENERALITAT DE CATALUNYA (12/09/18): *Acord del Govern pel qual s'aprova la Guia per a la incorporació de la perspectiva de gènere en els contractes públics*, https://contractacio.gencat.cat/web/.content/principis/contractacio-estrategica/social/guia_genere/ag20180912.pdf , 01/01/20.
- GIMENO, J.M^a. (2017): “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/07%20Gimeno%20Feliu%20.pdf , 02/01/20.
- LESMES, S. (2009): *Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y los contratos públicos*, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro para la Igualdad, <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/8346E44F-1C60-4850-AAC8-7934034AB5C6/141464/GuiaGeneroWEB.pdf> , 02/01/20.
- LESMES, S. (2012): *Manual práctico de cláusulas sociales para la inserción sociolaboral*, Diputación de Málaga, http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/gestion_colaboradores/documentos/64 , 02/01/20.

- LESMESS, S. (2013): Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos, EMAKUNDE-Instituto Vasco de la Mujer, http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/politicas_clau_intro_00/es_def/adjuntos/A1_Clausulasparalaigualdad.pdf, 02/01/20.
- LESMESS, S. & ÁLVAREZ DE EULATE, L. (2015): *Compra pública responsable. Guía para la aplicación de contratos reservados para empresas de inserción*, REAS Euskadi, https://www.gizatea.net/wp-content/uploads/Guia-contratos-reservados-EI_cas.pdf, 02/01/20.
- MORAGA, B. (2018): *Las cláusulas sociales de igualdad en los contratos del ayuntamiento de madrid*, <http://hdl.handle.net/10234/180869>, 02/01/20.
- MORATALLA, P. (2018): "El Modelo vasco de Inclusión SocioLaboral para personas con discapacidad", en VV. AA., *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la Economía social* (coord., Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 117-123, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/la-promocion-del-emprendimiento-y-la-insercion-social-desde-la-economia-social-1.pdf>
- OIT, SCHINCARIOL MCMURTRY, LISA & MCMURTRY, J.J. (2015): *Avanzar hacia la igualdad: el camino cooperativo*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---coop/documents/publication/wcms_458234.pdf, 02/01/20.
- PANIAGUA, M. (2013): "Las empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo", *REVESCO*, 112, pp. 176-212. https://doi.org/10.5209/rev_REVE.2013.v112.43066
- POZO, E.G. (2018): "Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", *ELDERECHO.COM*, 09/03/18, <https://elderecho.com/las-clausulas-sociales-y-medioambientales-en-la-nueva-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico>, 24/11/19.
- RAMOS, N. (2017): "Rasgos distintivos de las empresas de inserción: su implantación y sus actuales retos", en VV.AA., *Empleo, innovación e inclusión en la Economía social. Problemática jurídica y social* (coord. Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 85-88, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/empleo-innovacion-e-inclusion-en-la-economia-social-problematica-juridica-y-social.pdf>.
- RODRÍGUEZ, A. (2018): "La Ley de contratos del sector público y las cooperativas de iniciativa social. A propósito de una exclusión", en VV. AA., *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la Economía Social* (coord. Gemma Fajardo), CIRIEC-España, pp. 125-133, <http://www.ecosocial2020.es/wp-content/uploads/la-promocion-del-emprendimiento-y-la-insercion-social-desde-la-economia-social-1.pdf>, 24/11/19.
- REAS EUSKADI, RED DE ECONOMÍA ALTERNATIVA Y SOLIDARIA (2010): *Compra pública responsable. Cláusulas sociales, herramientas al servicio de la inserción socio-laboral*, https://www.economiasolidaria.org/sites/default/files/clausulas_sociales.pdf

- SEMENT, M^a.J. (2019): "Herramientas jurídicas para la aplicación de la perspectiva de género a la regulación de las cooperativas y otras entidades de la economía social", *Deusto Estudios Cooperativos*, núm. 12 (2019), <http://dec.revistas.deusto.es/issue/view/228> .
- SURINACH, R. (2017): "Contractació pública responsable, serveis públics i economia solidària", *Xarxa d'Economia Social i Solidària-XES*, <http://xes.cat/2017/07/04/contractacio-publica-responsable-serveis-publics-economia-solidaria/>
- VANÓ, M^a.J. (2016): «Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 87, 177-202, <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/7219/10878> .
- ULSHOEFER, P. (1991): "Recomendaciones de la OIT con respecto a la igualdad de oportunidades para la mujer trabajadora en el sector cooperativo y de empresas asociativas", II Conferencia nacional sobre la mujer y el movimiento cooperativo en el Perú, Lima, 1991, <http://www.sidalc.net/cgi-bin/wxis.exe/?IsisScript=BIBLIOPE.xis&method=post&formato=2&cantidad=1&expresion=mfn=030665,02/01/20>.

ARTÍCULOS

Beatriz Martín Lorenzo

Reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social: régimen jurídico y doctrina consultiva y de los tribunales administrativos de recursos contractuales

Sergio Canalda Criado

Las cláusulas sociales en la contratación pública: un estudio de su idoneidad para el fomento de la economía social

Antonio Borja García Sabater

Centros especiales de empleo de iniciativa social. Avances legislativos y ajustes necesarios

Laura Marín Cáceres

La dimensión social e inclusiva de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo avance en la inclusión de las personas con discapacidad?

María Burzaco Samper

Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos

Beatriz Gómez Fariñas

Contratación pública socialmente responsable: la exigencia de un salario mínimo como condición especial de ejecución

Virginia Bragado López - Noelia Muñoz del Nogal - Vicente Luis Enciso de Yzaguirre

Contratación pública responsable. El caso de la Junta de Castilla y León

Melanie Oliveira Neiva Santos

Contratação pública responsável e autonomia: para uma inclusão social das pessoas com deficiência

José Francisco Siqueira Neto - Daniel Francisco Nagao Menezes

Cooperativas de recolección de residuos sólidos y ofertas públicas: un estudio de caso brasileño

RESERVA DE CONTRATOS A LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL: RÉGIMEN JURÍDICO Y DOCTRINA CONSULTIVA Y DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES

Beatriz Martín Lorenzo

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla y León

Letrada del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

RESUMEN

La reserva de contratos a los Centros Especiales de Empleo, si bien excepciona el principio general de libre competencia, se autoriza por el derecho comunitario y el nacional como instrumento estratégico al servicio de la integración social de personas o colectivos con dificultades de empleabilidad. En este artículo se exponen las líneas principales de su régimen jurídico, de la doctrina consultiva y de los Tribunales de recursos contractuales a propósito de los distintos rasgos caracterizadores de los contratos reservados y de las novedades que en esta figura introduce la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con el establecimiento de porcentajes mínimos de reserva y la limitación de la reserva a los Centros Especiales de Empleo de “iniciativa social”, con la eventual discriminación que ello podría suponer para los de “iniciativa empresarial”, que sin embargo se descarta.

PALABRAS CLAVE: Contratos reservados, centros especiales de empleo, iniciativa social, discapacidad, Directiva 2014/24/UE; LCSP 9/2017, juntas consultivas, Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

CLAVES ECONLIT: B55, J14, K12.

RESERVATION OF CONTRACTS TO SPECIAL EMPLOYMENT CENTERS OF SOCIAL INITIATIVE: LEGAL REGIME AND ADVISORY DOCTRINE AND DOCTRINE OF THE ADMINISTRATIVE COURTS OF CONTRACTUAL RESOURCES

EXPANDED ABSTRACT

The reservation of public contracts to the Special Employment Centres is laid down as an exception to the principle of free competition on public procurement, recognised in Article 18 of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and the Council.

This exception is justified on the Consideration 36 of the Directive, concerning the objective pursued by the reservation, aimed at the social integration of persons with disabilities and disadvantages. To this end, the reservation is authorised in Article 20 of the Directive, which recognises the power of Member States to make reservations of contracts, determining the minimum percentage of persons with disabilities or disadvantages that protected workshops must employ, and the necessary publicity to be given to the reservation of the contract in the call for tenders.

The Spanish Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts, transposing into Spanish law the Directives of the European Parliament and the Council 2014/23/EU and 2014/24/EU, refers specifically to the "Principles of equal treatment, transparency and free competition" in Article 132 that expressly accepts the participation restriction represented by the reservation of contracts for social reasons. In turn, Article 94 of this Law allows the contracting authority to agree on the reservation, an option which must in any case be in accordance with the regime established by the fourth additional provision of Law 9/2017.

Unlike the previous regulation, contained in the consolidated text of the Law on Public Sector Contracts, approved by Royal Legislative Decree 3/2011, of November 14, the fourth additional provision of Law 9/2017 introduces two main innovations: the first one, the limitation of the subjective scope of the reserve to the Special Employment Centres, referred to as "social initiative"; and the second one, the requirement that the set of contracts reserved by each Administration reaches the minimum percentage that is established for each one.

Thus, the reservation, which in the previous legislation extended to all Special Employment Centres, is now limited to the Special Employment Centres of "Social

Initiative", a category that is defined as a novelty in the final fourteenth provision of Law 9/2017, which modifies at this point the Consolidated Text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities and their social inclusion, approved by Royal Law Decree 1/2013 of 29 November by incorporating a fourth paragraph into Article 43.

According to this new provision, the requirements for the consideration of a Special Employment Centre as a "Social Initiative" ones are summarized as follows:

- Compliance with the general requirements established for all Special Employment Centres of Article 43, points 1 and 2, of the Consolidated Text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities.
- The absence of profit aim, determined by the obligation to reinvest all profits in the same or another Employment Centre of Social Initiative, for the improvement of the employment of the group of persons with disabilities, the competitiveness of these persons and their social economy activity.
- That the Center be promoted and participated in more than 50% by non-profit entities or entities with social character recognized in their Statutes or having the majority of the capital stock of the mercantile companies holding the Special Employment Centres.

The new regulation of the reservations of contracts to the Special Employment Centres under Article 20 of Directive 2004/18/EC has raised a number of questions that have been analysed by various pronouncements of advisory bodies and administrative tribunals responsible for solving special appeals with regard to contracting.

Initially, the mandatory or optional nature of the transposition of Article 20 of the Directive for Member States was discussed on the occasion of the analysis of the eventual direct effect of that provision, derived from the Spain's failure to comply with the end of the period for Directive transposition, laid down on 18 April 2016. In that regard, the various bodies that examined this issue acknowledged the voluntary nature of the transposition of Article 20 of the Directive.

Moreover, the limitation in the subjective area of the reservation of contracts introduced by Ley 9/2017 concerning the Special Employment Centres has determined the questioning of whether the transposition made by the Law, by exclusive reference to those of "Social Initiative" characterised by the absence of profit aim, has been consistent with Article 20 of the Directive, a circumstance on which even the raise of a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union was initially proposed by the

Special Employment Centres of “Social Initiative”, although said raise was not finally held because the Contractual Resources Courts considered that there is no contravention of Directive 2014/24/EU, given that Article 20 does not limit the legal form of entities eligible to be beneficiaries of the reservation, which may vary depending on the Member State, so that the option chosen by the National Legislator considering the Special Employment Centres as beneficiaries of contracts reserved for the “Social Initiative” does not conflict directly with Community legislation.

Finally, the present work discusses a number of pronouncements of the Advisory Boards and the bodies responsible for solving special procurement resources, which have outlined the peculiar characteristics of the procedure for the award of reserved contracts. Thus, among the issues addressed in the work, we can find those related to the consequences of the lack of adoption of the pre-litigation agreement setting the minimum percentage of the reservation; the need to justify the decision to reserve the contract; the status of Special Employment Center of “Social Initiative” as a required condition for accessing the contract and the questioning of the possibility of subcontracting in the reserved contracts; the object of the reservation; or the prohibition of the extension of the reservation to all lots of a contract by expelling small and medium-sized enterprises from the market, this way restricting unduly the free competition.

In any case, it would be desirable, in favour of legal certainty, to better demarcate legally the aspects that characterise the reserved contracts, thereby reducing the discretion that, in the absence of such precision, each contracting authority must implement when exercising the reservation provided by Article 99 of the LCSP, with sights set on the need to strengthen the possibilities of employment and the better labour and social integration of the collective of persons with disabilities and, in particular, that of persons with disabilities with special difficulties in accessing employment.

KEY WORDS: Reserved contracts, special employment centers, social initiative, disability, Directive 2014/24/EU, LCSP 9/2017, advisory boards, Administrative Courts of Contractual Resources.

SUMARIO

1. El principio de libre concurrencia y la reserva de contratos a los centros especiales de empleo. 2. Tratamiento de la reserva de contratos a los centros especiales de empleo en la Directiva 2014/24/UE y en la LCSP 9/2017. 3. Doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de recursos sobre la reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social. 3.1 Carácter potestativo de la transposición. 3.2 Limitación de la reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social. 3.3 Aspectos caracterizadores de la reserva de contratos regulada en disposición adicional cuarta de la LCSP. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. El principio de libre concurrencia y la reserva de contratos a los centros especiales de empleo

Entre los “Principios de contratación” que recoge el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE cobra especial relevancia el de libre concurrencia que enuncia su apartado primero, a cuyo tenor, *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”*.

Sin embargo, la aplicación del principio de libre concurrencia se matiza cuando confluye con otros intereses igualmente dignos de protección y así, entre sus primeros considerandos, el tercero, la Directiva de Contratos 2014/24/UE previene que *“Al aplicar la presente Directiva debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad¹, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato”*. En virtud del artículo 4 de la Convención, los Estados firmantes adquirieron el compromiso de adoptar

1. Aprobada mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (DO L 23 de 27.1.2010).

todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que fueran pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, entre ellos, el de “Trabajo y empleo” al que se refiere su artículo 27². De acuerdo con este objetivo, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, compelió al Gobierno a promover la adopción de medidas para “*Establecer condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos*” (D.F. 1^a).

Los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país³. A este respecto, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa”, publicada el 3 de octubre de 2017⁴, considera que con dicha regulación no solo se trata de obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, sino también de “proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas”. Pese a ello, la Comunicación advierte de que “los Estados Miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica para fomentar objetivos de política social sostenibles y la innovación”⁵.

2. Sobre este particular puede consultarse Rubio de Medina, M.D: “Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013.

3. A ello se refirió ya el Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre las “Especialidades de contratación en Servicios Sociales: Convenios de financiación”. A su vez un interesante análisis del reconocimiento normativo de la dimensión estratégica de la contratación pública se encuentra en Medina Arnáiz, T: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Thomson Reuters, Observatorio de los contratos públicos 2018, 1^a edición, agosto 2019.

4. COM (2017) 572 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-572-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

5. Ferrando García, F.M. y Rodríguez Egío, M.M: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: Un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al «dumping» social”, en García Romero, M.B/ Pardo López, M.M. (Dir.) y otros, *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1^a edición, febrero 2018., pág. 3.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de acuerdo con la enunciación de los principios generales de la contratación pública, en el que se inserta el de facilitar el acceso a la contratación pública de las empresas de economía social (art. 1.3), se refiere específicamente a los “Principios de igualdad, transparencia y libre competencia” en el artículo 132, en el que admite expresamente la limitación a la participación que la reserva de contratos representa por razones sociales⁶. Dispone en este sentido, en su apartado primero, que “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta*”.

La reserva de contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE) se introdujo como novedad en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con fundamento en el Considerando 28 y el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, pues no es hasta esta tercera generación de Directivas en materia de contratación pública cuando se recoge, con carácter expreso, la posibilidad de utilizar aspectos sociales como criterio de adjudicación de los contratos sobre la base de la jurisprudencia del TJUE⁷. El “Libro Verde para la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”, publicado en 1996, mencionaba la posibilidad de constituir un “mercado cautivo para un taller protegido, del cual no cabe esperar que haga frente a la competencia de empresas comerciales tradicionales con una productividad normal” (Comisión Europea, 1996:43), lo cual puede considerarse un antecedente de lo que posteriormente recoge la Directiva de 2004 en su artículo 19 sobre los contratos reservados⁸. El empleo protegido se deriva así de la necesidad social de crear puestos

6. Así se calificaba ya, en respuesta a la consulta formulada por la Federación Empresarial de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM), en el Informe 1/12, de 20 de noviembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según el cual “La reserva a Centros Especiales de Empleo actualmente prevista en la disposición adicional quinta del TRLCSP constituye una excepción al régimen de licitación previsto con carácter general para los contratos de las Administraciones Públicas, por motivos de carácter social”.

7. A esta evolución se refiere Moleón Alberdi, M.E: “Los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública”, Gabilex nº19, septiembre 2019, págs. 93-94. <http://gabilex.castillalamancha.es>

8. Así lo entienden Mendoza Jiménez, J., Román Cervantes, C. y Hernández López, M: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 33, 2018, pág. 6.

de trabajo alternativos a los ordinarios o autónomos para las personas con discapacidad que les permitan su total integración social y, simultáneamente, les procure la protección que precisan. Y a esta exigencia responde la creación de los Centros Especiales de Empleo, que son por ello, una forma específica de realizar Economía Social⁹.

La opción de reserva se configuró en la Ley 30/2007 con carácter potestativo¹⁰. El mismo carácter potestativo se mantuvo en la disposición adicional quinta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Es a partir de la reforma operada en el TRLCSP por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, cuando la reserva se torna en obligatoria y se amplía su ámbito subjetivo, limitado hasta entonces a los CEE respecto de personas con discapacidad, a las empresas de inserción, en relación con los colectivos en riesgo de exclusión social referidos en su normativa reguladora¹¹.

Como señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 860/2018, de 1 de octubre, la obligatoriedad de la reserva constituyó “la gran novedad, mientras la redacción original de la Ley 30/2007 que se mantuvo en el derogado TRLCSP hablaba de ‘podrá reservarse’, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, incluyó el mandato de ‘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’”.

Con anterioridad a la reforma operada por la citada Ley 31/2015, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (IJCCA) de la Comunidad Autónoma de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre, se pronunció sobre la posi-

9. Grimaldos García, M.I: “Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 26, 2015, pág. 6.

10. La disposición adicional séptima de la Ley 30/2007 dispuso “*Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. (...)*”.

11. Se refiere a ello Pozo Bouzas, E.G: “Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. El Derecho.com, Lefebvre, 9 de marzo de 2018.

bilidad de establecer, mediante instrucciones, cupos de reserva en favor de Centros Especiales de Empleo, opción que descartó al entender que la limitación del principio de libre concurrencia exigía que ello se llevase a cabo mediante una norma con rango de ley. En este sentido señala que “la posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, en tanto supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública, no es admisible que se pueda articular mediante unas ‘instrucciones de contratación’. Por tanto, a juicio de esta Junta -como ya se señaló en nuestro Informe 17/2008, de 21 de julio-, la única forma es que mediante una norma con rango de Ley se reserve directamente la participación en procedimientos de adjudicación a unos destinatarios concretos, fijando a través de sus actos legislativos un porcentaje mínimo del volumen de contratación que quede reservado a determinados sectores. De esta manera, se da plena efectividad al objetivo buscado por la Directiva. En el caso de no establecer ese mínimo, y permitir que sea cada órgano de contratación el que decida si reserva o no un contrato (hablando la normativa que ‘la Administración podrá reservar...’), puede llevar, simplemente, a que ningún órgano de contratación realice esa reserva, dejando vacía de contenido la previsión de la Directiva europea (...)”.

La posibilidad de excepcionar las reglas de concurrencia propias de la contratación pública en favor de entidades sin ánimo de lucro ha encontrado a su vez respaldo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en diversas sentencias, tales como la de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, decisión prejudicial, caso Casta, que junto a la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, decisión prejudicial, caso Spezzino, tuvieron como precedente principal la Sentencia de 17 de junio de 1997, recaída en el asunto Sodemare (C-70/95), en el que se planteó la compatibilidad con el derecho comunitario de la conformación de un sistema de asistencia social reservado a entidades sin ánimo de lucro y en el que el Tribunal concluye que tal sistema se basa en el principio de solidaridad y avala que el Estado italiano, en ejercicio de su competencia pueda considerar que la mejor forma de alcanzar sus objetivos en la contratación pública, sea mediante el requisito de la ausencia de ánimo de lucro¹². Por su

12. Sendra Pérez, E: “Contratos reservados”, en Recuerda Girela, M.A. (Dir.) y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, junio 2018, pág. 1.965. A su vez, un comentario detallado de la STJUE de 28 de enero de 2016, Casta y otros, puede encontrarse en Gimeno Feliú, J.M: “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, Observatorio de Contratación Pública, 9 de febrero de 2018.

parte, el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), señaló que “La reserva de contratación pública abierta a los talleres protegidos de todos los Estados miembros, si respeta el principio de transparencia, resulta, en principio, admisible y así se reconoce en la STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Unitrom (C-275/98) y en la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto Telaustria (C-324/98).

En definitiva, puede decirse que la reserva de contratos en cuanto instrumento de contratación socialmente responsable o estratégica justifica la limitación del principio de libre concurrencia, por las razones de interés general que le sirven de fundamento, en este caso, la inserción laboral de las personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo, siempre que sea proporcionada, es decir, necesaria, idónea y adecuada para el fin expresado.

2. Tratamiento de la reserva de contratos a los centros especiales de empleo en la Directiva 2014/24/UE y en la LCSP 9/2017

El empleo y la lucha contra la pobreza son dos de los cinco objetivos para Europa 2020, y, en particular, para la consecución del llamado “Crecimiento Integrador”, que incluye por parte de la Unión Europea el “Concebir y aplicar programas de promoción de la innovación social para los más vulnerables, en particular facilitando una educación innovadora, formación y oportunidades de empleo para las comunidades más desasistidas, luchar contra la discriminación (por ejemplo, de los discapacitados) y desarrollar una nueva agenda para la integración de los inmigrantes con el fin de que puedan explotar plenamente su potencia”. Por su parte, en su respectivo nivel, los Estados miembros para el logro de aquellos necesitarán, entre otras actuaciones, “Promover la responsabilidad colectiva e individual compartida en la lucha contra la pobreza y la exclusión social” o “Definir y aplicar medidas adaptadas a las circunstancias específicas de grupos que presentan riesgos particulares (por ejemplo, (...), discapacitados y personas sin hogar)¹³.

13. COMISIÓN EUROPEA [COM (2010) 2020 final], de 3.3.2010. EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>

De ello se hace eco la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 36, que insiste en el valor del empleo como elemento integrador y favorecedor de la igualdad de las personas con dificultades de inserción en el mercado laboral. Señala a este respecto que *“El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados”*.

Ahora bien, consciente de la dificultad que representa para estas entidades la libre actuación en el mercado, en el mismo Considerando se permite la reserva de contratos a su favor, como excepción al principio general de libre concurrencia que aparece justificada, precisamente, por los objetivos de integración laboral de los colectivos empleados en ellas. En este sentido, el Considerando 36 de la Directiva prosigue diciendo que *“Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”*.

De acuerdo con la motivación anterior, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, sobre “Contratos reservados”, dispone lo siguiente:

- 1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos¹⁴.*
- 2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo.*

14. Como destaca García Blanco, J. M.: “Consideraciones de tipo social y ambiental”, en Mestre Delgado, J.F. y Manent Alonso, L. (Dir.), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 476, “Las directivas comunitarias utilizan la expresión “talleres” ajena a nuestra normativa (...), lo que ha sido adaptado en nuestro ordenamiento a las reservas a CEE, empresas de inserción y reserva de ejecución en el marco de empleo protegido”.

El artículo 24 de la Directiva 2014/23/UE establece una previsión similar referida a la posibilidad de reserva de concesiones, centrada doblemente en que, por un lado, el fin u objeto social o fundacional principal de la entidad se corresponda con la integración de personas discapacitadas o desfavorecidas y, por otro, en que se alcance el porcentaje marcado de trabajadores discapacitados o desfavorecidos sobre el total de composición de la plantilla.

El tratamiento que dispensa esta nueva generación de Directivas 2014 supone un relativo avance en relación a la opción de reserva prevista en la precedente Directiva 2004/18/CE, que abordaba la regulación de los contratos reservados por referencia exclusiva al colectivo de discapacitados que, además, debía ser mayoritario en la entidad de empleo protegido. En este sentido, su artículo 19 señalaba que *“Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”*.

La opción que brinda a los Estados actualmente el artículo 20 de la Directiva de Contratos, ha encontrado su traslación en España a través del artículo 99.4, último párrafo, de la LCSP. Este precepto, de carácter básico, admite la reserva de contratos o lotes a favor de los CEE o empresas de inserción, como excepción al principio de libre competencia recogido en el artículo 132 de la LCSP, al establecer que el órgano de contratación *“Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. (...)”*.

Aunque este trabajo se centra en el análisis de la reserva regulada en la disposición adicional cuarta, baste señalar que el mismo artículo 99.4 hace mención a la otra posibilidad de reserva que permite la LCSP en la disposición adicional cuadragésima octava, en la que se transpone el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE¹⁵. A diferencia de la primera, esta otra modalidad de reserva es de aplicación voluntaria y limitada por su tipo y objeto a los contratos de servicios

15. Como justificación de esta modalidad de reserva el Considerando 118 de la Directiva 2014/24/UE señala que *“Para garantizar la continuidad de los servicios públicos, la presente Directiva debe permitir que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sanitarios, sociales y culturales se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal parti-*

de carácter social, cultural y de salud cuyos códigos CPV están incluidos en el Anexo IV de la LCSP, dispone de una duración máxima de tres años y está condicionada a que la organización no haya sido adjudicataria de la misma reserva en los últimos tres años.

Volviendo a la reserva en favor de los CEE, hay que tener en cuenta que la facultad que se concede al órgano de contratación para acordar la reserva en el artículo 99.4 de la LCSP se relativiza sin embargo en el mismo precepto, por la necesidad de que su opción se ajuste al régimen que establece la disposición adicional cuarta de la LCSP de la que, básicamente, resultan los dos siguientes condicionantes:

- Limitación del ámbito subjetivo de la reserva a los Centros Especiales de Empleo, denominados “de iniciativa social” (en adelante, CEEIS)¹⁶.
- Necesidad de que el conjunto de contratos reservados a su amparo por cada Administración, alcance el porcentaje mínimo que se establezca por cada una de ellas.

La disposición adicional cuarta, apartado primero, de la LCSP, de carácter básico a excepción de su párrafo 3º, establece lo siguiente:

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007,

cipe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales. El ámbito de la presente disposición debe limitarse exclusivamente a determinados servicios sanitarios y sociales y otros servicios conexos, determinados servicios educativos y de formación, bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos y servicios a hogares particulares, y no pretende que queden sujetas a ella ninguna de las demás exclusiones previstas en la presente Directiva. Dichos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen simplificado”.

16. El proyecto de Ley aprobado por el Gobierno (BOCG de 2-12-2016) no recogió inicialmente la condición de que se tratase de Centros de “Iniciativa Social”, que se incorporó al texto de la Ley a raíz de las enmiendas formuladas por distintos grupos parlamentarios (núms. 194, 320, 771 y 955) http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-2.PDF

de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

Del primer párrafo del precepto transcrito, resulta la principal diferencia que presenta la regulación de la LCSP respecto de la precedente del TRLCSP, consistente en la introducción de una restricción al ámbito subjetivo de la reserva que, si hasta ahora se extendía a todos los CEE, ahora se circunscribe a los CEEIS, categoría que se define como novedad en la propia LCSP, a través de su incorporación al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (TRLGDPD), al que modifica en la disposición final decimocuarta, mediante la incorporación de un apartado 4 a su artículo 43.

La condición de “Iniciativa Social” de los CEE se encuentra vinculada a la ausencia de ánimo de lucro en la actividad que desarrollan, lo que no obsta a que deban reunir los requisitos generales que para todos los CEE se establecen en los apartados 1 y 2 del artículo 43 del TRLGDPD, que los conceptúan con carácter general en atención a su finalidad, ligada al empleo del colectivo de personas con

discapacidad en el porcentaje mínimo fijado en la Ley, y a su vinculación a los consecuentes servicios de ajuste personal y social que facilitan el adecuado desarrollo del puesto de trabajo.

La conceptualización general prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 43 del TRLGDPD es la siguiente:

1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

Como se ha indicado, los CEEIS deben reunir las características propias de cualquier CEE y las específicas que, como novedad, adiciona el propio artículo 43 del TRLGDPD, en su apartado 4, que los define de la siguiente manera: “*aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social*

sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

De acuerdo lo expuesto, los requisitos necesarios para la consideración de un CEE como de “Iniciativa Social” se resumen en los tres siguientes:

- Cumplimiento de los requisitos generales del artículo 43, apartados 1 y 2, del TRLGDPD.
- La ausencia de ánimo de lucro, determinada por la obligación de reinversión de todos sus beneficios, en el mismo u otro CEEIS para la mejora del empleo del colectivo, de su competitividad y de su actividad de economía social.
- Que el Centro sea promovido y participado en más de un 50% por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, o bien que estas dispongan de la mayoría del capital social de las sociedades mercantiles titulares del Centro Especial de Empleo.

Todo ello sin perjuicio del requisito de calificación e inscripción del CEE en un registro público, de acuerdo con la normativa autonómica correspondiente, el cual, tras la declaración de inconstitucionalidad del principio de eficacia en todo el territorio nacional de las decisiones administrativas sobre acceso a las actividades económicas, efectuada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79/2017, de 22 de junio, y en las posteriores SSTC núms. 110 y 111/2017, ambas de 5 de octubre, pudiera exigirse por cada Comunidad Autónoma como condición necesaria para acceder a la reserva de contratos¹⁷.

17. Como manifestación de ello, el Decreto 227/2018, de 14 de diciembre, por el que se regula la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en el Registro de centros especiales de empleo de la Comunitat Valenciana (DOCV de 18 de enero de 2019), señala en su Preámbulo que *“Atendiendo a la finalidad de dicha norma [la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado], la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en un registro público, en ningún caso puede entenderse como una traba al establecimiento de un operador económico, sino más bien como un control previo para el acceso a las actividades en condiciones de mercado, ya que la previa inscripción en el registro es condición indispensable para la percepción de ventajas económicas diversas, que van desde ayudas económicas, (...) hasta la prioridad o reserva de contratos de las administraciones públicas”.*

3. Doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de recursos sobre la reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social

La reserva de contratos a los CEE que ampara el artículo 20 de la Directiva 2004/18/CE ha planteado cuestiones diversas.

Inicialmente se debatió acerca del carácter obligatorio o potestativo de su transposición para los Estados Miembros vinculado al eventual efecto directo de tal precepto, ante el incumplimiento por parte de España del término del plazo de transposición de la Directiva fijado en el 18 de abril de 2016.

Por otra parte, la limitación en el ámbito subjetivo de la reserva de contratos que ha introducido la LCSP, en lo que a los CEE se refiere, ha determinado el cuestionamiento de si la transposición efectuada por la Ley, por referencia exclusiva a los de “Iniciativa Social”, ha sido acorde con aquella norma comunitaria, circunstancia sobre la que incluso se instó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por parte de Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Empresarial”, la cual, sin embargo, no llegó a materializarse.

Por último, existen diversos pronunciamientos de las Juntas Consultivas y de los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación acerca de algunos de los rasgos caracterizadores de los contratos reservados, que han contribuido a ir perfilando con mayor nitidez su régimen jurídico particular.

Los tres aspectos enunciados se desarrollan a continuación¹⁸:

3.1. Carácter potestativo de la transposición

Los distintos órganos que analizaron el efecto directo de la Directiva con ocasión del vencimiento del plazo de transposición, reconocieron la voluntariedad de la transposición del artículo 20 de la Directiva.

18. Sobre esta cuestión también puede consultarse, Martín Lorenzo, B: “Limitación de la reserva de contratos en favor de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social” *Legal Today* 31/05/2019, Aranzadi. http://www.legaltoday.com/practicajuridica/publico/d_administrativo/limitacion-de-la-reserva-de-contratos-en-favor-de-los-centros-especiales-de-empleo-de-iniciativa-social e igualmente Martín Lorenzo, B. y Ramos Antón, F: “La reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 165, Sección Contratista versus Administración, Enero-Febrero 2020, Wolters Kluwer.

En este sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 1/2016, de 6 de abril, en la catalogación que efectuó de los distintos artículos de la Directiva, señaló que su artículo 20 debía incluirse entre las “Disposiciones de la Directiva que son de transposición potestativa por parte de los estados miembros” puesto que deja a su elección el recogerlas o no en los derechos internos respectivos, de manera que remiten, con carácter potestativo, a su eventual regulación por parte de las normativas internas, con fórmulas del tipo los Estados miembros “podrán prever” o “podrán establecer”. En el tenor del artículo 20 “Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar (...)”. En cualquier caso, aclaró que el artículo 20 se encontraba pretranspuesto al derecho interno, a través de la disposición adicional quinta del TRLCSP (en la redacción establecida por la ya mencionada Ley 31/2015).

Con anterioridad, el documento de estudio de los tribunales administrativos de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016 sobre “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, se basó precisamente en el carácter facultativo de la reserva habilitada por el artículo 20 de la Directiva, para negarle su eficacia directa: “Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP”.

En esta línea también, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) nº 62/2017, de 11 de mayo, señala que “Para que pueda invocarse efecto directo es necesario, por tanto, que el contenido del precepto de la Directiva sea claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, (...); por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición. Pues bien, el referido artículo 20 de la Directiva 2014/24 no cumple con esas exigencias, en tanto ofrece una posibilidad a los Estados (y no a los poderes adjudicadores), por lo que no existe un mandato incondicionado”.

Por último, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCYL) 108/2018 y 109/2018, ambas de 15 de noviembre, sostienen igualmente el carácter facultativo de la trasposición del artículo 20 de la Directiva para los Estados miembros. Traen a colación a su

vez, a la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC) 100/2018, de 13 de agosto, que también la defiende, “de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (...) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta”.

3.2. Limitación de la reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social

Para valorar la licitud de la labor de transposición de la Directiva efectuada por el legislador español al limitar la reserva a los CEEIS, debe recordarse que los CEE pueden tener o no ánimo de lucro¹⁹. Esta diferenciación se recoge ya en el artículo 5.b) del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo, a cuyo tenor, *“Atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo”*.

Según la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, tanto los CEE como las empresas de inserción son entidades de Economía Social (art. 5.1); que prestan servicios de interés económico general (art. 5.4); y que, entre sus principios de actuación se encuentra el de “Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada (...) al fin social objeto de la entidad” (art. 4.1.b). De acuerdo con ello, únicamente podrían considerarse entidades de Economía Social los CEE sin ánimo de lucro²⁰.

19. En ello se diferencian de las empresas de inserción, que carecen siempre de ánimo de lucro de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

20. Del mismo parecer participa Moratalla Santamaría, P: “Centros Especiales de Empleo”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 29, 2016, pág. 24, en el que, tras el análisis de los principios orientadores de la economía social definidos en el artículo 4 de la propia Ley 5/2011, señala que “únicamente los CEE de iniciativa social pueden ser considerados entidades plenas de la economía social, toda vez que comparten todos y cada uno de sus principios y valores fundamentales (primacía de las personas y del objeto social sobre el capital y la aplicación de los resultados obtenidos en beneficio de las personas y del interés general, organización y cultura empresarial participativa y democrática, generación de empleo de calidad y compromiso con su mantenimiento, fomento de políticas de cooperación, de solidaridad, de equidad entre las personas y de responsabilidad con la cohesión social, etc.)”. A su vez, Gimeno Feliú, J.M: “Las condiciones sociales en la contratación pública: posi-

Hay que tener en cuenta además que la política social europea encaminada al fomento del empleo, incluye el objetivo de integración de las personas excluidas del mercado laboral, para el que la acción comunitaria se articula a través del apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros (art. 153.1.h del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, -TFUE-), de modo que el propio artículo 153 TFUE, en su apartado 4, advierte de que las disposiciones comunitarias que se puedan adoptar para ello *“no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”*.

De acuerdo con ello “el artículo 20 de la Directiva es una norma dispositiva en sentido más favorable, por lo que la implantación más radical o restrictiva de esa política de acceso a los contratos reservados por motivos sociales no deviene contraria al enunciado del mismo”, así lo entendió el Dictamen nº 32/2017, de 27 de julio, del Consejo de Navarra, sobre el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra²¹.

El IJCCA de la Comunidad de Aragón 19/2018, de 17 de julio, interpretó en el mismo sentido que “La Directiva 2014/24/UE, coherentemente con su naturaleza y régimen jurídico, establece una habilitación genérica de reserva que los Estados miembros están llamados a regular identificando las características definitorias de los beneficiarios de la reserva e imponiendo el momento en el que en todo caso deberá hacerse esta pública, que será la convocatoria de licitación. A partir de ahí la mayor o menor densidad regulatoria, la complejidad o simplicidad del procedimiento para hacer efectiva la reserva dependerá de los Estados miembros”.

Por su parte, distintos Tribunales Administrativos han sostenido la licitud de la limitación que se analiza. Como precedente puede citarse el Acuerdo del TACPA 57/2013, de 7 de octubre, que, si bien por referencia al artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, señala que “la regulación de la tipología jurídica de empresas perso-

bilidades y límites”, Anuario del Gobierno Local 1 (2017), págs. 241-287, señala que “No es posible, por tanto, una interpretación que amplíe la reserva al denominado conjunto de empresas de economía social, pues se establecería una restricción claramente contraria al principio de competencia”.

21. El artículo 36 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, también limita la reserva a los CEEIS si bien exige una mayor intervención o porcentaje de participación que la LCSP, al considerar por tales “aquellos participados o promovidos en más de un 90% directamente, por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro (...), y que, en sus estatutos o acuerdos fundacionales se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad”.

nificaciones del empleo protegido, que puedan y deban ser beneficiarios de esa reserva contractual, en los procedimientos de adjudicación de contratos de los poderes adjudicadores, es una cuestión que compete a cada Estado de la Unión. Por esta razón, la Directiva Comunitaria no descende, ni puede hacerlo, a concretar las figuras jurídicas concretas beneficiarias de contratos reservados”²².

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE han existido otros pronunciamientos, recaídos en su mayoría al resolver los recursos especiales en materia de contratación deducidos por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), en los que alegaba la discriminación que la reserva configurada en la LCSP representaba para los Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Empresarial” lo que, a su juicio, demandaba el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, al extralimitarse la norma nacional de la previsión del artículo 20 de la Directiva.

Puede citarse en primer término, la Resolución del OARC 100/2018 que rechaza que en la transposición se hayan traspasado los límites del margen de apreciación del que dispone el estado miembro, ya que la regulación prevista en la LCSP se mueve en la línea de los principios definidores de las empresas sociales, comunes a la mayor parte de los Estados, entre los que se encuentran el de carecer de ánimo de lucro. Indica que “el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos a favor de determinadas entidades se refiere expresamente a ‘empresas sociales’; concepto que carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales y al que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento ‘Iniciativa en favor del emprendimiento social’ (COM (2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes, similares por cierto a los ahora recogidos en el TRGLDPD, aluden a los operadores:

- i. para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social,

22. En este recurso se debatía si era posible la reserva en favor de Empresas de Inserción, opción que como se indicó anteriormente, no fue introducida en el TRLCSP hasta la reforma de la D.A.5ª por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

- ii. cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y
- iii. cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión”.

El argumento empleado por el OARC se transcribe en las resoluciones del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público nº 202/2018, de 10 de octubre, y en las del TARCCYL 108 y 109/2018. Estas añaden, a modo de conclusión, que la LCSP respeta en este punto los dos requisitos que autorizan la reserva de contratos conforme al artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, “ya que el objetivo principal de los CEE de iniciativa social es la integración social y profesional de las personas desfavorecidas y el porcentaje de trabajadores con discapacidad supera con creces el mínimo del 30%, puesto que, en los términos del artículo 43.1 del TRLGDPD, ha de ser al menos del 70%”.

También se pronunciaron sobre esta polémica las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 860/2018 y 914/2018, de 1 y 11 de octubre, respectivamente, que consideran que no se produce una contravención de la Directiva 2014/24/UE, pues el artículo 20 no delimita la forma jurídica de las entidades susceptibles de ser beneficiarias de la reserva, que puede variar en función del Estado miembro. Por ello “la opción elegida por el Legislador nacional de reputar como beneficiarios de los contratos reservados a los CEE de iniciativa social no entra en colisión directa con la normativa comunitaria (...)”. De acuerdo con ello, estas resoluciones descartan que concurra el juicio de relevancia que posibilitaría el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

De objeto similar a las anteriores fue la reclamación interpuesta por CONACEE ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra la cual, sin embargo, fue inadmitida por defectos formales en su presentación a través del Acuerdo 107/2018, de 18 de octubre.

3.3. Aspectos caracterizadores de la reserva de contratos regulada en disposición adicional cuarta de la LCSP

Existen también pronunciamientos de las juntas consultivas o de Tribunales de Recursos Contractuales que han ido perfilando o dotando de mayor claridad al

régimen jurídico de la reserva que se analiza, tanto en lo que se refiere a los presupuestos necesarios para su operatividad como a las características del procedimiento de adjudicación de los contratos reservados, y que pasan a exponerse:

La falta de adopción del Acuerdo previo, bien del Consejo de Ministros o de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que fije el porcentaje mínimo de reserva, no impide la efectividad de esta²³.

Así lo entendió el IJCCA de la Comunidad de Aragón 19/2018 según el cual “Resultaría del todo contradictorio que, siendo objetivo esencial de esta disposición adicional garantizar un mínimo de reservas de contratos o lotes, la omisión o, emisión de este acuerdo genérico, que no deriva de la normativa europea, además, impidiese a los órganos de contratación realizar reservas de concretos contratos o lotes. Y es que, como demuestra el hecho de que la propia Directiva 2014/24/UE exija que en la convocatoria de la licitación de contratos reservados o con lotes objeto de reserva se haga referencia específica a su artículo 20 (y en el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la LCSP), siendo los órganos de contratación los llamados a reservar, no parece razonable que lo que inicialmente se concibe como garantía, como estímulo, para alcanzar umbrales relevantes de contratos o lotes reservados, se convierta en barrera infranqueable para los órganos de contratación que deseen reservar”. En el mismo sentido, las resoluciones del TARCCYL 108 y 109/2018 llegan a idéntica conclusión sobre este particular.

La decisión de reservar el contrato debe justificarse de acuerdo con el artículo 116.4.a) de la LCSP.

A este respecto la Resolución del OARC 129/2019, de 24 de julio, entiende que tal precepto “no se refiere únicamente a los motivos para seleccionar uno de los procedimientos previstos en el artículo 131 de la LCSP, sino también a las cuestiones procedimentales que, como la analizada, son relevantes para limitar a un cierto tipo de operadores económicos el acceso al contrato. No obstante, la falta de motivación es una irregularidad puramente formal, pues ni impide al acto alcanzar su finalidad ni provoca indefensión alguna, dado que la DA 4ª de la LCSP no contiene ningún elemento discrecional cuya existencia deba verifi-

23. En todo caso, tratándose del sector público estatal el problema que se comenta se solventa en la propia DA 4ª de la LCSP, párrafo 3º de su apartado 1, que prevé que a falta de adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros en el plazo de 1 año, deberá reservarse un mínimo de un 7%, que se incrementa hasta un 10% a los cuatro años de su entrada en vigor, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV del anexo VI formalizados en el ejercicio previo a la reserva.

carse para legitimar la opción de la reserva (en particular, no se pide ningún juicio de proporcionalidad de la medida) y apenas contiene elementos reglados en el mismo sentido, más allá de la correcta delimitación de los operadores económicos beneficiarios y la constancia de una referencia a la propia norma en el anuncio de la disposición, aspectos ambos que no son objeto de debate (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común”).

El carácter de CEEIS es una condición de aptitud para acceder a un contrato reservado.

Tal condición debe ser acreditada en el procedimiento de licitación a tenor del artículo 65 de la LCSP relativo a las “Condiciones de aptitud” para contratar con el sector público, cuyo apartado primero dispone que *“Cuando por así determinarlo la normativa aplicable, se requieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo”*. Con apoyo en este precepto, la ROARC 35/2019, de 12 de febrero, anuló la adjudicación de un contrato reservado a una entidad que no acreditaba ser CEEIS, empresa de inserción o el desarrollo de programas de empleo protegido. Lo mismo sucedió en el asunto resuelto en la RTACRC 510/2019, de 9 de mayo.

Por el mismo motivo, no es posible la adjudicación del contrato reservado a uniones temporales de empresas en las que alguna de ellas no disponga de aquella condición. Esta conclusión aparece avalada por el IJCCA de la Comunidad de Aragón 16/2011, de 8 de junio, a cuyo tenor “El carácter de Centro Especial de Empleo -o de Empresa de Inserción-, que se exige (...) para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una unión temporal de empresarios, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud”.

Las razones expuestas han llevado a cuestionar igualmente la licitud de la subcontratación en los contratos reservados. El mismo IJCCA de la Comunidad de Aragón 16/2011 se ha ocupado de este tema advirtiendo de la eventual desnaturalización de la reserva que puede suponer el recurso a la subcontratación en los contratos reservados, con la consecuente vulneración del principio de concurrencia. Entiende el Informe que “es admisible que el órgano de contratación, al preparar estos contratos reservados, elimine la posibilidad de la subcontratación, siendo sencilla en estos casos la justificación demandada por la norma, pues en

principio bastaría con la mera referencia a la naturaleza del contrato y la finalidad de la reserva. De permitirse la subcontratación en un concreto expediente a favor de empresas ordinarias, no resultaría adecuado a priori establecer un límite meramente cuantitativo, encajando más en la finalidad última de la reserva el establecimiento de una limitación cualitativa de la subcontratación. (...) En todo caso, la subcontratación, solo podrá permitirse respecto de prestaciones o elementos accesorios, y así deberá figurar en los pliegos y en la oferta. Los órganos de contratación deberán comprobar que se cumplen los requerimientos que se acaban de exponer, ya que la existencia de una novación subjetiva encubierta -a perseguir en todo caso- conllevaría en los contratos reservados una doble infracción legal: la propia de la novación no autorizada y la derivada de desvirtuar la finalidad última de la reserva”.

En la misma línea la Resolución del OARC 129/2019 considera que “Aunque la LCSP no contiene una prohibición expresa de la subcontratación de los contratos reservados con empresas no beneficiarias de la reserva, del segundo párrafo del artículo 65.1 de la LCSP se deduce que la condición de CEEIS es en este caso un requisito de aptitud, existiendo en la LCSP ejemplos de cómo dichos requisitos (solvencia, clasificación, no estar en prohibición de contratar...) se exigen también a los subcontratistas (ver, artículo 215.2 b de la LCSP); asimismo, y en última instancia, debe recordarse que es aplicable la clásica prohibición del fraude de ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil”. A diferencia de lo que sostiene el citado IJCCA de Aragón 16/2011 en cuanto a su admisibilidad sobre prestaciones accesorias, este Tribunal matiza, no obstante, que la misma no se incluye en el concepto de subcontratación pues, a su juicio, “la subcontratación supone, a los efectos de la LCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal, de tal modo que no están comprendidos en este concepto otras modalidades de externalización de la actividad empresarial como, por ejemplo, la adquisición a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC/KEAO)”.

El objeto de la reserva puede proyectarse sobre cualquiera de los tipos contractuales, puesto que es la LCSP la que, en su caso, puede limitar su extensión y no lo ha hecho.

Distinto era el caso de la ley aragonesa sobre el que se pronunció el Acuerdo del TACPA 62/2017, de 11 de mayo: “el artículo 7 la Ley 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón, posibilita la reserva de contratos a centros especiales de empleo con la excepción de los contratos de obras y concesiones de obras. Opción justificada en la propia lógica y características de los centros especiales de empleo vinculados a la integración laboral de personas con discapacidad, lo que hace que su ámbito natural de relación sean los servicios y los suministros. Ir más allá de la previsión legal de reserva de empleo permitida por la legislación aragonesa (ampliando esta opción al contrato de obras), supone una clara contravención de los principios de igualdad de trato, en tanto se restringe, de forma indebida, la competencia, estableciendo reglas de favor incompatibles con el principio de transparencia y concurrencia de la contratación pública (STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo)”.

En la LCSP no se establece ninguna limitación a este respecto, por lo que cabe concluir que es admisible la reserva en relación a todo tipo de contratos y cualquiera que sea su importe (ROARC 129/2019). Pueden existir sin embargo limitaciones indirectas a la reserva derivadas, en los contratos en los que es habitual la subrogación del personal, del necesario respeto a los porcentajes legales de personas con discapacidad que los CEE deben mantener para ser acreedores de la reserva, por lo que se ha afirmado que en el planteamiento estratégico de la reserva de mercado habrá de tenerse en cuenta que, dado el tamaño de las entidades que pueden optar a los mismos, la gran mayoría de contratos deberán serlo para nuevas necesidades, salvo que el servicio lo prestara con anterioridad una empresa social, o bien en sectores que no contemplan la subrogación²⁴.

En el caso de división en lotes del objeto del contrato, la reserva de todos ellos al amparo de la D.A. 4ª de la LCSP perjudica a las PYMES.

En este sentido se pronuncia el Acuerdo del TACPA 62/2017 citado, cuando señala que “La opción de realizar tres lotes y reservar los tres lotes a centros especiales de empleo resulta también contraria a los fundamentos que sobre esta cuestión prevé el artículo 46 de la Directiva 2014/24. Precepto que sí tiene efecto directo (y que ya fue aplicado en nuestro Acuerdo 60/2015). Es elocuente el considerando 78 de la nueva Directiva: ‘Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las pymes. (...)’ El fundamento de los lotes es abrir la posibilidad de ofertas a empresas PYMES y de posibilitar, para lotes concretos, en su

24. Op. cit. nota 8.

caso, la reserva social a favor de empresas con características especiales como son los centros especiales de empleo o de inserción social. Pero cerrar todos los lotes a favor de «empresas sociales» vulnera el fundamento de las previsiones europeas ya que expulsa del mercado a las PYMES que trabajan en este sector. En definitiva, el fundamento normativo utilizado por el Ayuntamiento para justificar la reserva del contrato impugnado es incorrecto en tanto excede los límites a la «visión social del contrato público», y, en consecuencia, restringe de forma indebida la competencia y los principios rectores de la contratación pública (...). Por ello, vicia de nulidad de pleno derecho tanto al pliego como a todo el procedimiento”.

A los caracteres que se han expuesto, perfilados por vía interpretativa, cabe sumar los relativos a la publicidad y régimen de prestación de garantías en los contratos reservados, de los que sí se ocupa expresamente la D.A. 4ª de la LCSP.

De este modo, como excepción que es al principio de libre competencia, la reserva ha de ser convenientemente publicitada. Por ello la D.A. 4ª, al igual que el artículo 20 de la Directiva, impone con carácter básico que en el anuncio de licitación se haga referencia expresa a la reserva autorizada por la Ley.

Además de dar a conocer la limitación a la concurrencia, la publicidad es necesaria para llamar al procedimiento a los destinatarios de la reserva puesto que, como aclara la Resolución del TACRC 860/2018, la reserva del contrato a determinadas categorías de operadores económicos de carácter social “no quita para que se aplique la libre competencia entre ellos, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento”. En términos similares, la Resolución del OARC 129/2019 señala que la reserva “permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa; además, también en los procedimientos de adjudicación sometidos a la reserva de la DA 4ª de la LCSP debe procurarse, en el marco de las especialidades que los caracterizan, la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en este último”.

Por último, el apartado tercero de la D.A.4ª de la LCSP exceptúa la regla general de prestación de garantía definitiva del artículo 107.1 de la LCSP, pues

prevé, también con carácter básico, que *“En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”*.

4. Conclusiones

En la consecución de los objetivos pretendidos a través de la reserva de contratos en favor de los CEEIS, en su nueva configuración legal, va a jugar un papel primordial el grado de compromiso asumido por los distintos niveles de gobierno, puesto que es a través de los correspondientes Acuerdos, bien del Consejo de Ministros o de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, donde deben fijarse tanto los cupos de reserva como las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de la obligatoriedad de la reserva.

Junto a ello, la coherencia del sistema exige la implicación del entramado orgánico creado en la LCSP para la gestión de la contratación, en particular, de los órganos consultivos, tal y como se ha previsto, en el ámbito estatal, por el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, que asigna a esta Comisión el desarrollo de las previsiones y el seguimiento de la aplicación del referido Acuerdo del Consejo de Ministros y prevé expresamente, en su artículo 4.2, que esta función de la Comisión se realice en colaboración con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a quien corresponde promover normas o medidas procedentes para la mejora del sistema de contratación (art. 328.3.a de la LCSP), y en coherencia con lo establecido en la Estrategia Nacional de Contratación Pública, que debe incluir medidas que permitan cumplir, entre otros objetivos, el de utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas sociales (art. 334.2.e LCSP).

Además de tal labor, que se desarrolla a nivel de planificación y control de seguimiento, continuarán jugando un papel destacado en la delimitación del régimen jurídico de la reserva, tal y como lo han hecho hasta ahora, los pronunciamientos particulares que se adopten por las distintas juntas consultivas de contratación, en el ejercicio de su función interpretadora a través de informes y recomendaciones, así como la doctrina que sienten los órganos encargados de la

resolución de los recursos especiales en materia de contratación con ocasión de los asuntos litigiosos que se planteen en relación con la reserva analizada.

Ahora bien, esta última tarea debe verse facilitada por una mejor delimitación en la LCSP, o en su desarrollo reglamentario, de los aspectos que singularizan a los contratos reservados, reduciendo así el margen de apreciación que, a falta de tal precisión, debe desplegar cada órgano de contratación a la hora de ejercitar las facultades de reserva que le otorga el artículo 99 de la LCSP, y todo ello en favor de la seguridad jurídica que, como principio inspirador de la buena regulación *ex* artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debe conseguir que, en este caso, la LCSP sea coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, “para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”, con el horizonte puesto en la necesidad de afianzar las posibilidades de empleo y la mejor integración laboral y social del colectivo de personas con discapacidad y, dentro de él, en particular, la de aquellas personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo.

Bibliografía

- FERRANDO, F.M. & RODRÍGUEZ, M.M.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: Un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al «dumping» social”, en García Romero, M.B/ Pardo López, M.M. (Dir.) y otros: *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, febrero 2018, págs. 217-238.
- GARCÍA, J.M.: “Consideraciones de tipo social y ambiental”, en Mestre Delgado, J.F. y Manent Alonso, L. (Dir.), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 476.
- GIMENO, J.M.: “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias” *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de febrero de 2018.
- GIMENO, J.M.: “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local* 1, 2017, págs. 241-287.
- GRIMALDOS, M.I.: “Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26, 2015, págs. 233-260.
- MARTÍN, B.: “Limitación de la reserva de contratos en favor de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social”, *Legal Today*, 31 de mayo de 2019, Aranzadi. http://www.legaltoday.com/practica juridica/publico/d_administrativo/limitacion-de-la-reserva-de-contratos-en-favor-de-los-centros-especiales-de-empleo-de-iniciativa-social.
- MARTÍN, B. & RAMOS, F.: “La reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 165, Sección Contratista versus Administración, Enero-Febrero 2020, Wolters Kluwer, págs. 139-157.
- MEDINA, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Thomson Reuters, *Observatorio de los contratos públicos* 2018, 1ª edición, agosto 2019.

- MENDOZA J., ROMÁN, C. & HERNÁNDEZ, M.: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018, págs. 295-332.
- MOLEÓN, M.E.: “Los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública”, *Gabilex* nº19, septiembre 2019, págs. 93-94. <http://gabilex.castillalamancha.es>
- MORATALLA, P.: “Centros Especiales de Empleo”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 29, 2016, págs. 235-274.
- POZO, E.G.: “Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. *El Derecho.com*, Lefebvre, 9 de marzo de 2018.
- RUBIO, M.D.: “Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, págs. 1-20.
- SENDRA, E.: “Contratos reservados”, en Recuerda Girela, M.A. (Dir.) y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, junio 2018, pág. 1965.

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN ESTUDIO DE SU IDONEIDAD PARA EL FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Sergio Canalda Criado

Profesor indefinido no fijo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

La colaboración público-privada a través de la contratación pública representa una manifestación de la descentralización productiva produciendo ocasionalmente efectos adversos en términos sociales. Sin embargo, mediante las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE la Unión Europea desea impulsar, a través de la contratación pública, mejores estándares sociales y la consecución de la Estrategia Europa 2020.

La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público ha incorporado importantes novedades sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, virando hacia criterios cualitativos que debieran primar el cumplimiento de los principios orientadores de la economía social. Sin embargo, el tipo de contenidos de dichas cláusulas que la Ley sugiere se concentran en corregir los resultados perniciosos en términos sociales que la descentralización productiva ha provocado en algunos casos, afectando la idoneidad de aquellas para tomar en consideración las características de la economía social y, en el caso estudiado, las cooperativas de trabajo asociado.

PALABRAS CLAVE: Economía social, contratación pública, cláusulas sociales, cooperativas, descentralización productiva.

CLAVES ECONLIT: L38, M14, P13, H57, N44.

SOCIAL CLAUSES IN PUBLIC PROCUREMENT: A STUDY OF ITS SUITABILITY FOR PROMOTION OF SOCIAL ECONOMY

EXPANDED ABSTRACT

This article analyzes the suitability of the provisions on social clauses in public procurement included in Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (LCSP) for the promotion of the social economy. The work starts with a preliminar approach to public procurement as a manifestation of productive decentralization through public-private collaboration. Specifically, the LCSP is presented as the norm that regulates the phenomenon of productive decentralization in the public sector, giving it its own rules and contractual types. However, although public procurement has a different legal regime than the private sector, this is not an obstacle to the presence of work precariousness in public decentralization.

Once the context has been presented, the article introduces the new Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU on public procurement as part of the European Union's interest in advancing the European social model and, therefore, in promoting the social economy. In this sense, the article emphasizes that, while the current regulation on public procurement in the European Union is another expression of the Internal Market, the new EU regulation also aims to achieve the social objectives stated in the Treaties of the Union. For this purpose, that part of the article lays out examples of the existing social *acquis* that is applicable to public procurement rules. The article draws attention to the innovative character of the new Directives when they state that the promotion of the social economy must also be acknowledged when referring to achievement of the objectives of the Europe 2020 Strategy.

The article then proceeds to present the change of perspective of the new Spanish law, which evolves from a model that allowed the reduction of social standards towards a new model that favors the principles on which the social economy is based. On the one hand, the article analyzes the worsening of the working conditions of employees in the service of contractors and concessionaires and, especially, the phenomenon of multi-service companies, which have exploited their competitive advantage of low labour and salary costs in procurement processes. In addition, the limited resources that Labour Law has to correct the decline in social rights in the context of outsourcing are underlined. Therefore, social clauses have a protective role for workers' rights.

Finally, the question of the suitability of the provisions of the new law regarding social clauses for the promotion of the social economy is addressed. It is based on the premise that if the new provisions of the LCSP respect the constitutional mandate of promotion of the social economy, and if entities of the social economy contain among their guiding principles the social standards that social clauses should guarantee, such social clauses must be suitable for the promotion of the social economy. Consistent with this, the analysis begins with the presentation of the LCSP and its promotion of a strategic use of public procurement in support of social objectives. The analysis then focuses on the requirements and the types of criteria that can be established by the contracting bodies for the award of the contract (art. 145 LCSP) and the possible special conditions for its execution (art. 202 LCSP). Legal provisions include "social characteristics", in the case of award criteria, and "social or employment-related considerations", in the case of special conditions of execution, the content of which is grouped for analysis presenting their similarities and differences. According to that, four groups of possible topics to be addressed by social clauses can be distinguished: (i) a group of topics related to the promotion of integration and employment of people with disabilities, disadvantaged persons or members of vulnerable groups (or at risk of social exclusion); (ii) a group concerning the achievement of effective equality between women and men, mainly focused on work and life balance and gender equality plans; (iii) the contents related to the conditions of employment and work such as compliance with applicable sectoral and territorial collective agreements; and (iv) contents referring to the company's performance as an economic actor, either through the fulfillment of social standards throughout the production chain or through the application of "ethical and social responsibility criteria".

Once the classification is completed, the suitability of the mentioned contents of the social clauses suggested by the Law in order to promote social economy and include its characteristics is studied and assessed. The main results lead to the following observations. Regarding the first group of contents, despite the legal obligation of public authorities to reserve a percentage of contracts to specific firms employing persons with disabilities and firms triggering the insertion and occupation of other vulnerable groups or persons, the Law does not provide for the same obligation for other companies belonging to the social economy. Secondly, though the Law promotes social clauses in order to impulse the achievement of effective equality between women and men, there is a need to go beyond the formal existence of gender equality plans as a criterion for awarding the public contract. The majority of social economy enterprises are not obliged to have these plans, but they may have implemented other measures. Thirdly, the group of social clauses linked with employment and work conditions are mainly focused on the salaried

population and, therefore, do not take into account the special characteristics of cooperatives, where members are not necessarily employees and social standards are not necessarily provided by collective agreements. And finally, regarding the fourth group of contents, related to corporate social responsibility, although the law mentions supply chains without referring to the social economy, it is possible to find specific proposals for the participation of entities of the social economy as contractors.

As a conclusion, the prototype contents of social clauses provided in the LCSP suffer from a bias towards the capitalist company when they focus on the conditions of wage labour and do not take into consideration the characteristics of workers' cooperatives. However, the article mentions other instruments which have been adopted by public administrations and which incorporate the special characteristics of companies belonging to the social economy, especially cooperatives. Related thereto, the article draws attention to the need to extend these good practices to all procurement processes.

KEY WORDS: Social economy, public procurement, social clauses, cooperatives, productive decentralization.

SUMARIO

1. La colaboración público-privada, descentralización productiva y cláusulas sociales.
2. Las nuevas directivas sobre contratación pública como avance del modelo social europeo (también del fomento de la economía social).
3. De un modelo de contratación pública que favorece al «mejor postor» a un modelo que mira hacia la economía social.
4. La idoneidad de la regulación de las cláusulas sociales para la promoción de la economía social: el caso de las sociedades cooperativas de trabajo asociado.
5. Conclusiones. Bibliografía. Legislación.

1. La colaboración público-privada, descentralización productiva y cláusulas sociales

La subcontratación ha devenido en uno de los máximos exponentes de la descentralización productiva, consistiendo en una transacción por la cual una empresa ‘subcontratista’, es encargada por otra empresa ‘contratista principal’, para proporcionar a ésta última bienes o servicios que utilizará para sus propios fines comerciales, a menudo, pero no siempre, al incorporar estos bienes o servicios en un ‘todo’¹. Así pues, la subcontratación hace referencia a una relación bilateral entre dos sujetos dentro de un conjunto organizativo empresarial. Si bien el contrato de servicios parecería el prototipo de contrato más idóneo para regular la subcontratación por parte de una empresa de una parte de su ciclo productivo y que regiría las relaciones entre las empresas dentro de la cadena de producción, sin embargo, un análisis de la práctica de la subcontratación en los marcos jurídicos nacionales plantea un escenario más complejo.

En el ordenamiento jurídico español, el fenómeno de la subcontratación en el ámbito privado es una práctica legalmente regulada y permitida en base al artículo 38 de la Constitución Española que reconoce el derecho de libertad de empresa, existiendo un amplio abanico de tipos de contratos regidos por normas de derecho mercantil o civil que articularían el fenómeno de la subcontratación.

1. Comunidades Europeas: “Law of industrial subcontracting in the European Community: A practical guide”. Luxemburgo, Londres: Office for Official Publications of the European Communities; Kogan Page., 1998, p. 1.

Ahora bien, como afirmó la STS de 17-12-2001², la doctrina «ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura [*la contrata*] los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los arts. 1588 y 1583 del Código Civil realizados a través de una empresa». En el ámbito público, la evolución de la colaboración público-privada no deja de ser una manifestación de dicho fenómeno de la descentralización productiva. Como ha afirmado Rodríguez Escanciano «la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público³».

Este trabajo se centra en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁴ (LCSP), la cual traspone a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas 2014/23/UE⁵ y 2014/24/UE⁶ y es, por tanto, la principal norma que regula el fenómeno de la descentralización productiva en el sector público, dotándole de sus propias reglas y formas contractuales. Ahora bien, aunque la descentralización pública tiene su específico régimen jurídico, ello no impide que ésta escape a la precariedad laboral, y es por ello que la nueva regulación pretende corregir los perjuicios que se producían sobre los estándares sociales. Como ha afirmado Moreno Molina, las Directivas tienen como objetivo principal no sólo mejorar «la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea» sino también «impulsar un uso estratégico de la contratación pública (...) en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los

2. STS de 17 de diciembre de 2001. Número de recurso 244/2001. Fundamento Jurídico 6º.

3. Rodríguez Escanciano, S: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, núm. 21, Mayo-Octubre 2019.

4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 noviembre 2017.

5. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014.

6. 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. DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014.

recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social⁷».

De acuerdo con Miranda Boto⁸, la normativa sobre contratación pública de la Unión, hasta las Directivas 2004/17/CE⁹ y 2004/18/CE¹⁰, no incluía la mínima mención de la materia social, siendo ello «un claro testimonio de la preponderancia de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea sobre la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales». Por el contrario, entre otras novedades, las nuevas Directivas regulan por primera vez la subcontratación por parte de la contratista hacia otras empresas, con el fin de garantizar –aunque de forma limitada– ciertos estándares. Así, a pesar de la posibilidad expresa de que la empresa que ha conseguido el contrato administrativo subcontrate con otra empresa y las carencias de la nueva ley para proteger a los trabajadores¹¹, la actual regulación, al menos formalmente, abre la puerta a que los aspectos sociales adopten una importancia relevante en el proceso de adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

Lo que aquí se pretende es analizar si las cláusulas sociales, y más concretamente, la regulación prevista en la LCSP respecto de éstas en los criterios de adjudicación y de condiciones especiales de ejecución de los contratos, son idóneas no sólo para favorecer el respeto hacia los derechos sociales y laborales de las personas ocupadas a través de las empresas que adquieren los contratos públicos sino, además, si la configuración de aquellas cláusulas –al menos en la LCSP– están diseñadas para favorecer el impulso de la economía social.

7. Moreno Molina, J.A: “Hacia una Compra Pública Responsable y Sostenible”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 39.

8. Miranda Boto, J.M: “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea”, *Lex Social*, vol. 6, núm. 2, 2016, p. 74.

9. Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. DOUE núm. 134, de 30 de abril de 2004.

10. 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. 134, de 30 de abril de 2004.

11. Ver Rodríguez Escanciano, S: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017”. En *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, núm. 21, Mayo-Octubre 2019, pp. 32-37.

2. Las nuevas directivas sobre contratación pública como avance del modelo social europeo (también del fomento de la economía social)

La UE ha jugado un papel fundamental en la redefinición de las economías de mercado de los países miembros, de las relaciones de producción y, en lo que aquí concierne, del viraje de los poderes públicos hacia la ‘despublicación’ de los servicios mediante la colaboración público-privada. El Mercado Único presta el marco fundamental dónde dichas relaciones público-privadas se producen, siendo la eliminación de barreras para que las empresas puedan optar a la oferta de contratación pública en cualquier Estado una de las grandes conquistas de la UE¹².

Concretamente, a través de su competencia exclusiva en el establecimiento de las normas sobre competencia para el funcionamiento del mercado interior (art. 3.1.b del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) y de velar por el ejercicio de las libertades fundamentales de libre prestación de servicios (art. 56 TFUE) y de libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), la Unión ha sentado las bases para regular el funcionamiento del mercado y la actividad transnacional de las empresas, siendo éstas las protagonistas de la actividad productiva de nuestras economías. Por lo tanto, la normativa sobre contratación pública en la Unión Europea tiene en el campo de regulación que favorece la creación de empresas filiales, la prestación de servicios entre las empresas a nivel transnacional y el libre mercado un punto de referencia para su análisis. Se debe recordar el Libro Blanco de 1985¹³ dónde se afirmaba que la contratación pública estaba todavía marcada por la tendencia de las autoridades a mantener sus compras y contratos dentro de su propio país, siendo esta división de los mercados nacionales individuales una de las barreras más evidentes para el logro de un mercado interno real.

Ahora bien, la regulación de la UE sobre contratación pública tiene también como fin favorecer la consecución de los objetivos de tipo social que prevén los Tratados de la Unión, como ya apuntara el Libro Verde ‘La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro’¹⁴. Así pues, la contratación

12. Comisión Europea, *20 Years of the European Single Market: Together for the New Growth*, 2012.

13. Comisión de las Comunidades Europeas: White Paper on the completion of the internal market. White Paper from the Commission to the European Council. COM (85) 310, June 1985.

14. Comisión de las Comunidades Europeas: La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro, COM (1996) 583, 27 de noviembre de 1996.

pública debe también incardinarse en el marco del modelo social europeo, favoreciendo la promoción y respeto de los derechos sociales reconocidos en el Derecho de la Unión Europea.

La anterior regulación sobre contratación pública ya incluía previsiones respecto de ello. En las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, a la ejecución del contrato público debían aplicarse «las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo» siempre que estas normas y su aplicación se ajustaran al Derecho comunitario. Para el caso de producirse el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transfronteriza de servicios de un Estado miembro para la realización del contrato público en otro Estado miembro, se establecía la obligación de respetar tanto las condiciones mínimas de la Directiva 96/71/CE¹⁵, así como aquellas otras disposiciones que contemplaran el Derecho nacional a tal efecto¹⁶. También recibiría la consideración de falta grave o delito la inobservancia de las disposiciones de las Directivas 76/207/CEE¹⁷ y 2000/78/CE¹⁸, sobre igualdad de trato de los trabajadores.

Con todo, el Derecho de la Unión contempla otras previsiones que deben respetarse, especialmente en relación al fenómeno de la descentralización productiva. El ejemplo más importante son las previsiones de la Directiva 89/391/CEE¹⁹ sobre la seguridad y de la salud de los trabajadores, las cuáles son de aplicación en todos los sectores de actividades, públicas o privadas. Otro ejemplo pertinente

15. Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DOUE núm. 18, de 21 de enero de 1997.

16. El incumplimiento de dichas obligaciones tenía la consideración de falta grave o un delito contra la moralidad profesional del operador económico, pudiendo acarrear la exclusión del licitador del procedimiento de adjudicación de un contrato público.

17. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOUE núm. 39, de 14 de febrero de 1976.

18. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.

19. Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOUE núm. 183, de 29 de junio de 1989.

lo conforma la Directiva 2009/52/CE²⁰, sobre sanciones contra la contratación de residentes ilegales nacionales de terceros países, mediante la cual el legislador comunitario incluye una forma directa de extensión de la responsabilidad en los procesos de subcontratación. Concretamente, el objeto de la Directiva es prohibir el empleo de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en los Estados miembros de la UE, estableciendo normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores que no respeten dicha prohibición.

Pero además, como aquí se quiere llamar la atención, la normativa de la Unión Europea sobre contratación pública no puede desligarse de la economía social de mercado (art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea) en cuyo centro debe situarse las empresas de economía social. Efectivamente, las actuales Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE hacen referencia al papel clave de la contratación pública en la Estrategia Europa 2020²¹. En relación a dicha Estrategia, en las prioridades de ésta se incluye un crecimiento económico integrador basado en el «fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial». Además, el Parlamento Europeo ha considerado que «el modelo social europeo se ha construido a través de un alto nivel de servicios, productos y empleos generados por la economía social» y que «se deben valorizar los modelos de economía social para alcanzar los objetivos de crecimiento económico, empleo, formación y servicios a la persona que impregnan el conjunto de las políticas de la Unión²²».

20. Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE núm. 168, de 30 de junio de 2009.

21. Comisión Europea: “Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación”. COM (2010) 2020 final.

22. Parlamento Europeo (2008), Resolución sobre economía social, de 19 de febrero de 2008 (2008/2250 (INI)). Considerando C.

3. De un modelo de contratación pública que favorece al «mejor postor» a un modelo que mira hacia la economía social

La colaboración público-privada se ha incrementado progresivamente, especialmente a través de las contrataciones²³. En este contexto, la contratación pública a través de éstas puede producir, como ha señalado parte de la doctrina, consecuencias perniciosas sobre el personal al servicio de las administraciones públicas, principalmente consistente en la reducción de personal y el empeoramiento de las condiciones laborales²⁴. Así, se ha constatado la progresiva «pauperización»²⁵ de las condiciones de trabajo de los asalariados al servicio de contratistas y concesionarios, entre otras razones, por la primacía de la dimensión económica de la oferta como criterio para la contratación pública²⁶.

Específicamente, la actividad de las denominadas empresas multiservicios toman una posición de relevancia destacable desde los años 90 puesto que su objeto social es precisamente la ejecución de segmentos del proceso productivo de otras empresas que son externalizadas hacia ellas. En la contratación pública, estas empresas han mostrado una ventaja competitiva debido a la difícil ubicación de las relaciones laborales de aquellas empresas dentro del ámbito de aplicación de un convenio sectorial por el hecho de su propia esencia, es decir, la multiplicidad de servicios prestados. Además, a partir de las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores (ET)²⁷ en relación a las reglas de concurrencia de

23. Monereo Pérez, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales” *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2014, pp. 13-44.

24. Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., y López Insua, B.M.: “La descentralización productiva a través de la subcontratación en el sector público y vicisitudes subrogatorias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2018, p. 16.

25. Rodríguez Escanciano, S.: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, núm. 21, Mayo-Octubre 2019, p. 24.

26. Molina Navarrete utiliza el término “modelo Low Cost-Labor Law” para referirse a la devaluación de las condiciones laborales y salariales para mejorar la capacidad competitiva, siendo ello producto de las propias reformas laborales. Ver Molina Navarrete, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de ‘legitimidad’ al de sus ‘límites’”, *Temas Laborales*, núm 135, 2016, pp. 79-110.

27. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

convenios colectivos y, más precisamente, sobre la prioridad de aplicación de los convenios de ámbito empresarial, la firma de convenios colectivos de empresas multiservicios, rebajando los niveles salariales, ha crecido durante los últimos años.

Por ello, resulta pertinente hacer hincapié en los limitados recursos que el Derecho del Trabajo ha mostrado para corregir dicha situación. Desde un plano general, el Derecho Laboral carece de normas capaces de aprehender todas las formas de organización complejas –por ejemplo, las franquicias, las Uniones Temporales de Empresas o los contratos de distribución– que caracteriza la descentralización productiva. Ahora bien, el fenómeno de la subcontratación de obras y servicios encuentra en el artículo 42 ET previsiones para garantizar las responsabilidades empresariales en materia salarial y de Seguridad Social que surjan durante la contrata²⁸.

El art. 42 ET reconoce una serie de derechos laborales e impone la responsabilidad solidaria del empresario principal en ciertos casos de subcontratación de obras y servicios. La subcontratación regulada en el artículo 42 ET limita el alcance de las responsabilidades empresariales únicamente a la subcontratación de obras y servicios que correspondan a la «propia actividad» de la empresa principal. Por lo tanto, otras actividades subcontratadas que no puedan incluirse en la actividad propia de la empresa cliente quedan excluidas del alcance del artículo 42 ET. Dicho marco jurídico es aplicable a la subcontratación en el sector público. Como afirmó la STS de 15 de julio de 1996²⁹ la aplicación del artículo 42 ET se extiende al contrato administrativo entre un ayuntamiento y una asociación para la atención a domicilio a personas beneficiarias de la protección social, afirmando que no puede excluirse de la subcontratación las concesiones administrativas por ser una interpretación restrictiva del precepto.

Además de otras provisiones establecidas en el artículo 42 ET, existen otros preceptos en otras normas que regulan el fenómeno de la subcontratación desde

28. Es importante diferenciar que si bien el art. 42 abarca tanto contratas como subcontratas, la regulación de subcontratación que prevé la LCSP sólo se refiere a la subcontrata entre la contratista y la subcontratista.. Como afirma Miranda Boto, «[l]a relación entre el contratante, que en la terminología de la Ley de Contratos se conoce como “poder adjudicador”, y el contratista sería contratación pública; y sólo una vez que se ha llevado a cabo la adjudicación entraría en juego la subcontratación, a través de la cual el contratista fragmenta la ejecución del contrato victorioso». Ver: Miranda Boto, J.L: “La subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, Derecho de las relaciones laborales, núm. 8, 2018, p. 855.

29. STS de 15 de julio de 1996, nº recurso: 1089/1996.

el derecho laboral y de la seguridad social. En primer lugar, la Ley General de Seguridad Social³⁰ en su artículo 168, establece subsidiariamente la responsabilidad de la empresa principal de la subcontrata cuando el empresario contratista fuera declarado insolvente y hubiera sido declarado responsables, en todo o en parte, del pago de una prestación de la Seguridad Social (art. 168.1 LGSS). A diferencia de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET, este precepto alcanza tanto a la subcontratación de tareas concernientes a la propia actividad de la empresa principal como a las que no se incardinan en ésta y puede alcanzar al propietario de la obra. Y en segundo lugar, la subcontratación se ha abordado desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, pero únicamente para el caso de que la principal y la contratista y la subcontratista compartan el mismo centro de trabajo. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)³¹, en el artículo 24 sobre la coordinación de actividades empresariales, establece en el apartado 3 que las empresas «que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales». También se establece por medio del 24.4 LPRL una remisión al artículo 41 LPRL por la cual, aunque los trabajadores de la contrata no realicen su trabajo en la centro de la empresa principal, cuando éstos operen con «maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal», este último estará obligado a recabar de los fabricantes, importadores y suministradores la información necesaria sobre la utilización y manipulación de todo lo anterior a fin de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores.

Como se puede ver, el tratamiento que se ha hecho desde la rama social del Derecho es parcial, al haber regulado únicamente responsabilidades en cuanto a las obligaciones salariales o respecto de la Seguridad Social, pero no sobre las condiciones de trabajo aplicables con el fin de evitar la posible precariedad, en este caso, del personal empleado a través de los contratos administrativos con otras empresas. De ahí que exista una proposición de ley para la reforma del art. 42 ET con el fin de garantizar las mismas condiciones de trabajo de las personas

30. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

31. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

empleadas por la contratista que si fueran empleadas directamente por la empresa principal³². Por todo ello, si bien la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública se enmarca en lo que se ha venido en denominar «gestión pública responsable», entendiendo por ello «la parte de la ética de las organizaciones públicas que incorpora el diálogo, la participación de todos los grupos de interés y la rendición de cuentas»³³, las cláusulas sociales actúan también como instrumentos tuitivos de los derechos de los trabajadores³⁴, y de ahí la importancia de la nueva normativa que favorece el acceso a la contratación pública de aquellas empresas que cumplan con ciertos estándares sociales.

Partiendo de esta premisa, las entidades de la economía social se presentan como garantes de dichos estándares sociales al incorporar dentro de sus principios orientadores³⁵ «la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad» (art. 4.c. Ley 5/2011 de Economía Social, LES)³⁶. Como ha señalado Fajardo³⁷, son principios que coinciden algunos con los objetivos de la responsabilidad social empresarial previstos en el artículo 39 de la Ley de Economía Sostenible³⁸. Como se verá a continuación, el legislador español ha introducido novedades en las previsiones sobre cláusulas sociales respecto del contenido de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, por lo que se hace obli-

32. Congreso de los Diputados. “Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados”. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie B. 9 de septiembre de 2016. Núm. 25-1. pág. 1.

33. Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T., y Pache Durán, M: “La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición” *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 96/2019, p. 258.

34. Término utilizado por Rodríguez Escanciano, S. “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017”. En *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, núm. 21, Mayo-Octubre 2019.

35. De acuerdo con Arrieta Idiákez, todas las entidades de Economía Social deben cumplir con los principios orientativos de Economía Social que recoge la Ley 5/2011. Ver Arrieta Idiákez, F.J: “Concreción de las entidades de la economía social”, *REVESCO*, núm 116, 2014, p. 53.

36. Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

37. Fajardo García, G: “La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica”, *REVESCO*, núm. 128, 2018, p. 106.

38. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

gado analizar dichas previsiones en orden a comprobar su idoneidad para tomar en consideración, dentro del proceso de contratación pública, los valores que representa la economía social.

4. La idoneidad de la regulación de las cláusulas sociales para la promoción de la economía social: el caso de las sociedades cooperativas de trabajo asociado

La Constitución Española de 1978, en su artículo 129.2 proclama que los poderes públicos «promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas». De acuerdo con Paniagua y Jiménez, citando jurisprudencia constitucional, el mandato recogido en el art. 129 es un principio rector de la vida social y económica, que informa todo el ordenamiento jurídico, debiendo ser respetado por todas las Administraciones Públicas y admitiéndose el juicio de constitucionalidad si existiera «un trato normativo desigual manifiestamente infundado o arbitrario que provoque un efecto *desincentivador*» (cursiva añadida)³⁹.

Con anterioridad a la aprobación de la LES, la doctrina ya apuntaba la necesidad de dotar a la economía social de visibilidad jurídica, a través del reconocimiento de la economía social como destinataria de políticas y estrategias⁴⁰. Actualmente, el art. 8 LES recoge que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, tendrán como objetivos de sus políticas de promoción de la economía social y, entre otros, remover «los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades de la economía social» (art. 8.2.a LES), facilitar las diversas iniciativas de economía social (art. 8.2.b LES) promover los principios y valores de la economía social, crear «un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social» (art. 8.2.f LES), y fomentar el desarrollo de la economía social

39. Paniagua Zurera, M. y Jiménez Escobar, J: “La necesidad de una legislación cooperativa adecuada: aspectos mercantiles, tributarios y de Derecho Comunitario”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 81, 2014, pp. 61-93.

40. Ver Alfonso Sánchez, R: “La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector?”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 20, 2009, pp. 31.

en áreas como el desarrollo rural, la dependencia y la integración social (art. 8.2.i LES). Así también, la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020⁴¹, incluía como medida la transposición de la Directiva 2014/24/UE y, de forma más específica, el fomento del desarrollo de cláusulas sociales de contratación que «permitan que el valor diferencial de la Economía Social sea tenido en cuenta en los procesos de contratación pública por parte de las diferentes administraciones».

Desde este marco jurídico, a continuación se pretende analizar la novedad que la LCSP incorporó respecto del contenido de las Directivas, a saber: la obligación de establecer en toda contratación pública la incorporación de manera transversal criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato. Concretamente, la LCSP prevé que «[e]n toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato (...) Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social» (art. 1.3 LCSP). Para dar cumplimiento a esta previsión legal, las administraciones públicas han aprobado instrucciones u otras normativas específicas que deben regir todo el proceso de contratación. Así, la aplicación de la propia LCSP así como de los demás instrumentos debería tomar en cuenta las características de las entidades que forman parte de la economía social, como los centros especiales de empleo, las empresas de inserción, las sociedades laborales y las sociedades cooperativas, las cuáles están llamadas a jugar un papel preponderante en la contratación pública a partir de la inclusión de las cláusulas sociales dentro de los criterios para la contratación pública.

En relación al proceso de contratación, Moreno Molina ha señalado que la inclusión de consideraciones de tipo social puede realizarse «tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución⁴²». Concretamente, aquí se centrará el análisis, por un lado, en los requisitos y las clases de criterios que pueden fijarse para la adjudicación del contrato (art. 145 LCSP) y,

41. Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020. BOE núm. 69, de 20 de marzo de 2018.

42. Moreno Molina, J.A: *Hacia una Compra Pública Responsable y Sostenible*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 77.

por otro, las posibles condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden que pueden establecer los órganos de contratación (art. 202 LCSP).

En relación al primero grupo, el art. 145.2 mandata que la evaluación de la mejor relación calidad-precio para la adjudicación de los contratos debe producirse atendiendo a criterios no sólo económicos sino también cualitativos de tipo medioambiental o social, siempre que éstos se vinculen al objeto del contrato (según art. 145.6 LCSP). De acuerdo con Gimeno Feliu, los criterios sociales implican una mayor calidad de la prestación, por lo que su utilización debe servir para forzar una comparación de ofertas global y no para descartar las ofertas que no incluyan consideraciones sociales⁴³. En cuanto al segundo, la Ley obliga mediante el art. 202.1 al establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución, que podrán referirse a «consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social» (art. 202.2 LCSP).

Ambos preceptos (arts. 145.2 y 202.2 LCSP) contienen un listado no cerrado que ilustra cuáles pueden ser los elementos de carácter social que tengan en cuenta los órganos de contratación. Aquellas «características sociales», en el caso de los criterios de adjudicación, y «consideraciones de tipo social o relativas al empleo», en el caso de las condiciones especiales de ejecución, presentan similitudes y diferencias⁴⁴.

Además de los contenidos sobre creación de ocupación⁴⁵, se pueden diferenciar cuatro grupos de materias posibles de ser objeto de las cláusulas sociales. En primer lugar, un grupo de contenidos relativos al fomento de la inserción sociolaboral y la ocupación de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables (en situación o riesgo de exclusión social). Entre los criterios de adjudicación se valoraría el fomento de la integración social

43. Ver Gimeno Feliu, J.M: “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019.

44. Sobre la diferente terminología relativa a lo social, ver Miranda Boto, J.M: “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea”, *Lex Social*, vol. 6, núm. 2, 2016.

45. Entre los criterios de adjudicación se encuentra «la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato» (art. 145.2 LCSP) mientras que entre las condiciones especiales de ejecución figura «combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración» (art. 202.2 LCSP).

o la inserción sociolaboral de dichos colectivos y, de forma específica, la subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción. Entre las condiciones especiales de ejecución se incluyen de manera específica la contratación de un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, y de forma genérica, la promoción del empleo de «personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción» (art. 202.2 LCSP) y hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, un grupo concerniente a la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Los criterios de adjudicación que recoge el art. 145.2 LCSP se refieren explícitamente a la aplicación efectiva de los planes de igualdad de género en la ejecución del contrato, al fomento de la contratación femenina y la conciliación de la vida laboral, personal y familiar⁴⁶. Por su parte, las condiciones especiales de ejecución recogen la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo y la promoción de participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar.

En tercer lugar, los contenidos relacionados con las condiciones de empleo y de trabajo. Así, los criterios de adjudicación que prevé el legislador hacen mención a criterios que podemos calificar como genéricos, pues hace referencia a la mejora de las condiciones laborales y salariales, a la estabilidad en el empleo, y a la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo. En cambio, de forma más específica, las condiciones especiales de ejecución se refieren a garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo, cumplir los «convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables», favorecer la formación en el lugar de trabajo, y adoptar medidas para prevenir la siniestralidad laboral.

Y un cuarto grupo, contenidos referidos a la actuación de la empresa como actor económico, ya sea mediante el cumplimiento de estándares sociales a lo largo de la cadena de producción –dentro de los criterios de adjudicación se refiere

46. Se opta por incluir aquí la conciliación de la vida laboral, personal y familiar por el determinante impacto que su puesta en marcha supone tanto para la incorporación de la mujer al mercado de trabajo como para la corresponsabilidad como método para alcanzar la igualdad efectiva. Ver López López, J: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 67, 2002, pp. 45-70.

a «criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato» y como condición especial de ejecución menciona el «respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo»-, sea mediante la aplicación de «criterios éticos y de responsabilidad social⁴⁷ a la prestación contractual» (criterio de adjudicación) o a las «finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo [*de la Unión Europea*]» (condición especial de ejecución).

Como se puede observar, algunos de los contenidos previstos en la LCSP tienen un claro reflejo en las empresas de economía social. Así, el primer grupo de cláusulas sociales guarda una relación clara con la economía social, en general, y con los Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción. También el segundo grupo está directamente relacionado con las empresas de economía social, como pudimos ver de sus principios (art. art. 4.c. Ley 5/2011 de Economía Social). Y finalmente, en el cuarto grupo puede observarse que el legislador ha optado por incluir como contenidos aquellos relacionados a lo que se suele englobar dentro de las prácticas de la responsabilidad social de las empresas.

Ahora bien, se puede apreciar que los contenidos prototipo de cláusulas sociales previstos en la LCSP adolecen de un sesgo hacia la empresa capitalista al centrar los contenidos sobre las condiciones de trabajo asalariado, al no tomar en consideración las características de, a modo de ejemplo, las cooperativas de trabajo asociado: como se se ha afirmado, los empleados ‘genuinos’⁴⁸ de las cooperativas de trabajo asociado son los socios-trabajadores que constituyen la propia sociedad, por lo que los rasgos principales de estas entidades de la economía social escaparían de las sugeridas por la ley.

La razón principal para que el legislador haya optado por incluir en la LCSP este tipo de contenidos puede ser la precariedad laboral que ha caracterizado en algunos casos la contratación pública. A pesar de ello, no es posible obviar que si el mismo tipo de criterios se reprodujeran en los procedimientos de contratación pública, el órgano de contratación correspondiente no cumpliría con su

47. Gutiérrez *et al.* llaman la atención sobre las sombras que arrojan los códigos de conducta para su control y seguimiento. Ver Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T., y Pache Durán, M: “La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición” *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm 96, 2019.

48. Bengoetxea Alkorta, A: “Cooperativas”. *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, nº 29, 2016, p. 16.

obligación de promoción de las empresas de economía social e, inclusive, desincentivaría su participación. A continuación se analizarán dichos contenidos y, cuando sea pertinente, se ejemplificarán algunas buenas prácticas encontradas en los instrumentos adoptados por las diferentes administraciones públicas.

Respecto del primer grupo, el colectivo destinatario coincide con las previsiones de la LCSP respecto de los contratos reservados (Disposición Adicional 4ª y art. 99 LCSP), la cual atañe concretamente a las empresas de inserción y los centros especiales de empleo, en este caso, que tengan la consideración de centros de iniciativa social⁴⁹. Por lo tanto, parecería que exista una predisposición de la LCSP a promocionar dichas empresas a través de la contratación pública, si bien la concreción de los porcentajes mínimos de contratos reservados (según DA 4ª LCSP) necesita de desarrollo a través un Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales⁵⁰. Sin embargo, la LCSP también prevé la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones las cuales deben cumplir todas las características previstas en la DA 48ª, entre las que figura, por un lado, que en caso de que se distribuyan o redistribuyan los beneficios, «la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación» y, por otro lado, 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». Esta última posibilidad de reserva de contratos, claramente idónea para las cooperativas pero también para las sociedades laborales, es dispositiva por lo que ni siquiera la LCSP establece un porcentaje mínimo de contratos a reservar. Como ejemplo de práctica opuesta, la regulación del Ayuntamiento de Pamplona⁵¹, en aplicación del art. 38 de la Ley

49. Sobre la legalidad de la exclusión de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial, ver Gallego Cortes, I: “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 159, enero-febrero 2019.

50. Respecto del Acuerdo de Ministros, y en el caso de no producirse dicho acuerdo, la LCSP prevé unos porcentajes mínimos de reserva – específicamente, de 7% a partir de cumplirse un año desde la entrada en vigor de la LCSP, y que se incrementará hasta un 10% a los cuatro años. En el momento de aprobarse el Plan de Impulso de Contratación Pública Responsable, dicho Acuerdo de Consejo de Ministros todavía no se había producido.

51. Ayuntamiento de Pamplona: Instrucción de contratación pública estratégica y socialmente responsable. Guía sobre contratación pública estratégica y socialmente responsable Inklusiva de clausulado social y sistemas de verificación de cumplimiento y medición de impacto. Disponible en:

Foral 2/2018⁵² prevé que se deberán calificar como reservados para empresas y entidades de economía social, de economía solidaria y sin ánimo de lucro, el 1% como mínimo del importe de los contratos públicos señalados en el Anexo II.B de aquella Ley.

Por otro lado, en relación a la condición especial de ejecución sobre contratación de un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación, ésta es, aquellas empresas públicas o privadas que «empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad» (art. 42.1 Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social) ésta parece menos apta a las sociedades cooperativas⁵³. En este sentido, es importante subrayar que únicamente 683 sociedades cooperativas inscritas en la Seguridad Social (el 5,7% del total) tenían más de 50 trabajadores, utilizando los datos de 2019⁵⁴.

Respecto del cumplimiento de los planes de igualdad de género en el contrato como criterio de adjudicación, debe llamarse la atención a que la obligación de tener planes de igualdad sólo existe en el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores⁵⁵, por lo que el sesgo vuelve a producirse a favor de las empresas de gran tamaño, minoritarias entre las sociedades cooperativas. Por ello, parecería más adecuado, dentro de las condiciones especiales de ejecución, el requisito de adopción de medidas efectivas para la igualdad de género dentro de la ejecución del contrato, aun no existiendo la obligación legal de disponer de un plan de

https://www.pamplona.es/sites/default/files/2019-04/INSTRUCCI%C3%93N%20Y%20GU%C3%8DA%20CONTRATACI%C3%93N%20RESPONSABLE%20AYUNTAMIENTO%20PAMPLONAIRU%C3%91A_0.PDF

52. Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Boletín Oficial de Navarra de 17 de abril de 2018.

53. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

54. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Base de datos de la economía social Sociedades Cooperativas y Sociedades Laborales inscritas en la Seguridad Social a 30 de Junio de 2019. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/SociedadesAltaSocial/2019/2TRIMESTRE/PUBLICACION_SEGURIDAD_SOCIAL_JUNIO_2019.pdf

55. De acuerdo con el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

igualdad por no tener el número mínimo de trabajadores⁵⁶. Y como criterio de adjudicación, la paridad entre mujeres y hombres entre las personas ocupadas parecería un baremo no sólo apropiado, sino además relevante para las sociedades cooperativas ya que el porcentaje de mujeres respecto del total de las personas ocupadas representa el 49,8%⁵⁷.

En relación al tipo de contenidos clasificados en el tercer grupo, se puede afirmar que éstos tienen un enfoque centrado en la población asalariada. Más allá de la diferente formulación utilizada entre los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución, el uso como preferente de los convenios colectivos como estándar de condiciones de trabajo no tendría en cuenta el condición no laboral de las personas socias de las cooperativas, por cuanto que su régimen jurídico es societario y no asalariado. Por lo tanto, la valoración como criterio de adjudicación de las mejoras de las condiciones laborales y salariales debe partir no sólo de los convenios colectivos de aplicación para los trabajadores asalariados de las cooperativas, sino también de los estándares laborales aprobados en los estatutos de la sociedad cooperativa de trabajo asociado por encima de los fijados en la normativa autonómica correspondiente o en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas⁵⁸.

Por otro lado, la estabilidad en el empleo debiera tomar en cuenta el número de socios de las cooperativas –por ejemplo, en el primer trimestre de 2019⁵⁹ se

56. De acuerdo con el art. 45.5 Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la «elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras». Por otro lado, puesto que la efectividad de un plan de igualdad reposa en el correcto diagnóstico de una situación específica y la implementación de concretas medidas correctoras, y si la contrata no se ha producido, difícilmente puede haberse realizado un diagnóstico. Tampoco parece efectiva la aplicación de un plan de igualdad existente en la empresa, por cuanto que éste no ha tenido en cuenta la contrata.

57. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Base de datos de la economía social. Características de los Trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social. Cuadro resumen de resultados 31 de Marzo de 2019. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CaracteristicasTrabajadores/2019/1TRIMESTRE/RESUMEN_1TRIMESTRE.pdf

58. Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.

59. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Sociedades Cooperativas constituidas y Sociedades Laborales Registradas - Año 2019 1er Trim. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/estadisticas/CoopConstituidasLaboRegistradas/2019/1TRIM/indice1.htm

constituyeron un total de 364 sociedades cooperativas de trabajo asociado con 1.061 personas socias iniciales. Y todo ello sin olvidar que las propias sociedades cooperativas de trabajo asociado se caracterizan porque legalmente se limita el número de trabajadores asalariados, variando ese número entre el 25% de las horas/año trabajadas por los socios trabajadores en Euskadi, hasta el 60% en Cantabria⁶⁰. Un ejemplo de cláusula que toma en cuenta estas características se encuentra en la Guía de la Diputación de Guipúzcoa⁶¹, la cual prevé como condición especial de ejecución «la obligación de la empresa adjudicataria de emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos un 30% de personal laboral indefinido o personas socias trabajadoras en el caso de las empresas de economía social, siempre que las circunstancias del contrato lo permitan». Como condición de adjudicación, el Ayuntamiento de Valencia⁶² ha establecido que se valorará el compromiso de integrar en la plantilla que ejecutará el contrato al menos a un 80% de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido, equiparando a éstos a «los socios y socias de cooperativas, sociedades laborales y empresas de trabajo asociado».

Y finalmente, respecto del cuarto grupo sobre contenidos referidos a la actuación de la empresa como actor económico en el caso de subcontratación, es posible encontrar propuestas específicas sobre la participación de las empresas de economía social fuera de la reserva de contratos, como es el caso de la guía de la ciudad de Barcelona⁶³ que prevé la posibilidad de establecer como condición de ejecución contractual la subcontratación de parte o partes específicas del objeto contractual con empresas de economía social.

Como se puede observar, algunos instrumentos adoptados por otras administraciones públicas incorporan las características de las empresas que perte-

60. Bengoetxea Alkorta, A: El empleo en las cooperativas de trabajo asociado, disponible en: <https://www.ehu.es/documents/6902252/7258317/El-empleo-en-las-cooperativas-de-trabajo-asociado.pdf/876274ce-502f-4c11-b067-dc9582a6c43d> (extraído el 30 septiembre 2019).

61. Diputación de Guipúzcoa: Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación de Guipúzcoa.

62. Ayuntamiento de Valencia: Instrucción de contratación pública responsable y guía inclusiva de clausulado social y sistema de verificación de cumplimiento. Disponible en: [http://www.valencia.es/ayuntamiento/tablon_anuncios.nsf/0/3FAB36B5DD89A226C12583A90046F3E8/\\$FILE/20190225%20INS TRUCCIO%CC%81%20CONTRACTACIO%CC%81%20PU%CC%81BLICA%20I%20GUAIA%20 CLAUSULAT%20SOCIAL.pdf?OpenElement](http://www.valencia.es/ayuntamiento/tablon_anuncios.nsf/0/3FAB36B5DD89A226C12583A90046F3E8/$FILE/20190225%20INS TRUCCIO%CC%81%20CONTRACTACIO%CC%81%20PU%CC%81BLICA%20I%20GUAIA%20 CLAUSULAT%20SOCIAL.pdf?OpenElement)

63. Ayuntamiento de Barcelona: Guía de contratación pública social. Disponible en: <https://ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/es/>

necen a la economía social, en especial de las cooperativas. Dichas prácticas debieran extenderse a todos los procesos de contratación pública que carecen de dicho enfoque. Destaca así, por representar el caso opuesto, el caso del ‘Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable’⁶⁴ el cual reproduce los mismos contenidos de tipo social relativos a los criterios de adjudicación sin ampliar o profundizar en ellos y sin mencionarlos siquiera cuando regula las condiciones especiales de ejecución. Esta falta de concreción contrasta, en cambio, con los criterios y especificaciones incluidos en el ‘Plan de Contratación Pública Ecológica’⁶⁵ (2018-2025) de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social.

5. Conclusiones

En este artículo se ha analizado la idoneidad de las previsiones sobre las cláusulas sociales en la contratación pública incluidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para la promoción de la economía social. Así también, se han citado algunos instrumentos adoptados por las administraciones públicas en relación a la promoción y ordenación de la contratación pública socialmente responsable.

Tras una primera aproximación a la contratación pública como una manifestación de la descentralización productiva a través de la colaboración público-privada, se ha presentado la LCSP como la norma que regula el fenómeno de la descentralización productiva en el sector público, otorgándole sus propias reglas y tipos contractuales. Ahora bien, aunque la contratación pública tenga un régimen jurídico distinto del sector privado, ello no ha sido obstáculo para que la precariedad laboral pueda existir en la ‘descentralización pública’.

64. Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019.

65. Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025). BOE núm. 30, 4 de febrero de 2019.

Como se ha afirmado, las nuevas Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública representan un avance en la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, y por tanto, del modelo social europeo y el fomento de la economía social. Desde la perspectiva nacional, el impulso de la LCSP al uso estratégico de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales a través de la innovadora regulación de las cláusulas sociales supone el cambio de perspectiva desde un modelo que permitía la reducción de los estándares sociales a un nuevo modelo que prima los principios sobre los que se asienta la economía social. Ello representa una reivindicación de la contratación pública como instrumento para los poderes públicos de cumplir con el mandato constitucional de fomentar la economía social, además de protector de los derechos de los trabajadores.

El análisis realizado de las previsiones de la LCSP respecto de las cláusulas sociales, por un lado, en los requisitos y las clases de criterios de adjudicación del contrato y, por otro, en las posibles condiciones especiales de ejecución del contrato, arroja sombras respecto de su idoneidad para el fomento de la economía social. Como se ha podido concluir, la idoneidad de los contenidos ‘prototipo’ de las cláusulas de tipo social sugeridas por la Ley adolecen de un sesgo hacia la empresa capitalista al centrar los contenidos sobre las condiciones de trabajo asalariado, y no tomando en consideración las características de las cooperativas de trabajo asociado. Si bien este sesgo se puede justificar por la reducción de las condiciones de trabajo de los asalariados empleados a través de contrataciones y concesiones y, especialmente, a través de las empresas multiservicios, el deber del fomento de la economía social se encuentra explícitamente dentro de la finalidad de la nueva Ley (art. 1.3 LCSP).

Por ello, si bien es cierto que los criterios de adjudicación y las condiciones esenciales de ejecución que han sido analizados en este trabajo no representan un ‘*numerus clausus*’, el hecho de no contemplar otros criterios permeables a la realidad de las sociedades cooperativas de trabajo asociado puede representar un obstáculo para el acceso de aquéllas a la contratación pública, contradiciendo así la propia LCSP, la LES cuando proclama como tarea de interés general la «promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas» (art. 8 LES), y la EEES 2017-2020, la cual incluye el compromiso de revisar la normativa vigente «para eliminar las limitaciones o trabas a las entidades de economía social para actuar en determinados sectores de actividad» (medida 13 de la Estrategia 2017-2020).

Bibliografía

- ALFONSO, R.: “La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector?”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 20, 2009, pp. 9-42.
- ARRIETA, F.J.: “Concreción de las entidades de la economía social”, *REVESCO*, núm 116, 2014, p. 53.
- AYUNTAMIENTO DE BARCELONA: Guía de contratación pública social. Disponible en: <https://ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/es/>
- AYUNTAMIENTO DE VALENCIA: Instrucción de contratación pública responsable y guía inclusiva de clausulado social y sistema de verificación de cumplimiento. Disponible en: [http://www.valencia.es/ayuntamiento/tablon_anuncios.nsf/0/3FAB36B5DD89A226C12583A90046F3E8/\\$FILE/20190225%20INSTRUCCIO%CC%81%20CONTRACTACIO%CC%81%20PU%CC%81BLICA%20I%20GUIA%20CLAUSULAT%20SOCIAL.pdf?OpenElement](http://www.valencia.es/ayuntamiento/tablon_anuncios.nsf/0/3FAB36B5DD89A226C12583A90046F3E8/$FILE/20190225%20INSTRUCCIO%CC%81%20CONTRACTACIO%CC%81%20PU%CC%81BLICA%20I%20GUIA%20CLAUSULAT%20SOCIAL.pdf?OpenElement)
- AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA: Instrucción de contratación pública estratégica y socialmente responsable. Guía sobre contratación pública estratégica y socialmente responsable Inclusiva de clausulado social y sistemas de verificación de cumplimiento y medición de impacto. Disponible en: https://www.pamplona.es/sites/default/files/2019-04/INSTRUCCI%C3%93N%20Y%20GU%C3%8DA%20CONTRACTACI%C3%93N%20RESPONSABLE%20AYUNTAMIENTO%20PAMPLONAIRU%C3%91A_0.PDF
- BENGOETXEA, A.: “Cooperativas”. *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, nº 29, 2016, p. 16.
- BENGOETXEA, A.: El empleo en las cooperativas de trabajo asociado, disponible en: <https://www.ehu.es/documents/6902252/7258317/El-empleo-en-las-cooperativas-de-trabajo-asociado.pdf/876274ce-502f-4c11-b067-dc9582a6c43d> (extraído el 30 septiembre 2019).
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: White Paper on the completion of the internal market. White Paper from the Commission to the European Council. COM (85) 310, June 1985.

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: La contratación pública en la unión europea: reflexiones para el futuro, COM (1996) 583, 27 de noviembre de 1996.
- COMISIÓN EUROPEA: 20 Years of the European Single Market: Together for the New Growth, 2012.
- COMISIÓN EUROPEA: “Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación”. COM (2010) 2020 final.
- COMUNIDADES EUROPEAS: Law of industrial subcontracting in the European Community: A practical guide. Luxemburgo; Londres: Office for Official Publications of the European Communities, Kogan Page, 1998.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: “Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados”. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie B. 9 de septiembre de 2016. Núm. 25-1. p. 1.
- DIPUTACION DE GUIPÚZCOA: Guía práctica para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos públicos de la Diputación de Guipúzcoa.
- ESTEVE, M.A.: “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, nº 71, 2015, pp. 39-54.
- FAJARDO, G.: “La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica”, *REVESCO*, núm. 128, 2018, p. 99-126.
- GALLEGO, I.: “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 159, enero-febrero 2019, p. 9.
- GIMENO, J.M.: “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019, p. 3.
- GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M.T. & PACHE, M.: “La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 96/2019, p. 258.
- LÓPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 67, 2002, pp. 45-70.
- MIRANDA, J.M.: “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea”, *Lex Social*, vol. 6, núm. 2, 2016.

- MIRANDA, J.M.: “La subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 8, 2018, p. 855.
- MOLINA, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de ‘legitimidad’ al de sus ‘límites’”. *Temas Laborales*, núm 135, 2016, pp. 79-110.
- MONEREO, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales”. *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2014, pp. 13-44.
- MONEREO, J.L., MORENO, M.N., & LÓPEZ, B.M.: “La descentralización productiva a través de la subcontratación en el sector público y vicisitudes subrogatorias”. *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2018, pp. 13-30.
- MORENO, J.A.: “Hacia una Compra Pública Responsable y Sostenible”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 39.
- PANIAGUA, M. & JIMÉNEZ, J.: “La necesidad de una legislación cooperativa adecuada: aspectos mercantiles, tributarios y de Derecho Comunitario”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 81, 2014, pp. 61-93.
- PARLAMENTO EUROPEO (2008), Resolución sobre economía social, de 19 de febrero de 2008 (2008/2250(INI)).
- RODRÍGUEZ, S.: “Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, núm. 21, Mayo-Octubre 2019, pp. 20-40.

Legislación

- Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. DOUE núm. 39, de 14 de febrero de 1976.
- Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOUE núm. 183, de 29 de junio de 1989.
- Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. DOUE núm. 18, de 21 de enero de 1997.

- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.
- Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. DOUE núm. 134, de 30 de abril de 2004.
- 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. 134, de 30 de abril de 2004.
- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE núm. 168, de 30 de junio de 2009.
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014.
- 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. DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.
- Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 noviembre 2017.

- Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Boletín Oficial de Navarra de 17 de abril de 2018
- Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019.
- Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025). BOE núm. 30, 4 de febrero de 2019.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015

CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL. AVANCES LEGISLATIVOS Y AJUSTES NECESARIOS

Antonio Borja García Sabater

Doctor en Derecho, Abogado

Profesor del Master de Educación inclusiva de la UCV

Master de la Abogacía de la UV

RESUMEN

La actual Ley de Contratos del Sector Público, modificó la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad caracterizando la nueva categoría de Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social. La obligación de realizar contratos reservados para entidades sociales y la posibilidad de aplicar características objetivas que formulen licitaciones más sociales permite impulsar la igualdad por medio de los contratos públicos. Los centros especiales de empleo de iniciativa social pueden ser un instrumento para promover el empleo de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo, pero todavía se requieren algunos ajustes en la normativa estatal y autonómica.

PALABRAS CLAVE: Relación de la economía con los valores sociales, Discriminación laboral: Otros, Industrias Reguladas y Derecho Administrativo, Instituciones sin fines de lucro. ONGs. Emprendimiento social, Ley de discapacidad, Discapacidades severas.

CLAVES ECONLIT: A13, J79, K23, L31.

SHELTERED EMPLOYMENT CENTERS OF SOCIAL INITIATIVE. LEGISLATIVE ADVANCES AND NECESSARY ADJUSTMENTS

EXPANDED ABSTRACT

The current state legislation on public sector contracts, from 2017, defines a new category of Special Employment Centers (SEC) which it calls Social Initiative and aims to promote equality, through the application of features in contracts that value promotion of hiring people with disabilities with special difficulties in accessing employment, promoting a public procurement focused on the most disadvantaged groups at work.

The article focuses on the analysis of the Special Employment Centers that are considered to be Social Economy entities and emphasizes that the new public procurement rule encourages the administration contracts with social economy entities through the reservation of contracts with these centers and also with insertion companies, because the economic benefits of these public contracts will be returned to society directly, and because in addition the social companies put the person, the worker at the center, who will develop their work in those contracts.

In the section of the SEC as a Social Economy, it allows, through the data it reflects, to make a comparison of the advantages that the empowerment of the Social Initiative SEC can offer in relation to the Business Initiative SEC. It describes how in Spain began employment protected only with social entities, but that at the end of the nineties, began to be discovered by commercial entities interested in the exploitation of a type of contracting with great financial support.

Evidence as the increase in the number of commercial initiative SEC coincides over time with the decrease in the percentage of workers with severe disabilities in protected employment, so it makes a proposal for possible adoption measures to reinforce the role to be played by the former, being the social initiative CEEs who hire a very high percentage of workers with special difficulties of access to employment.

The most notable example is that of the Valencian Community where in 2001 the workforce of workers with intellectual disabilities and / or with mental health problems of their SEC was 45.76% of the total, and in 2016 this group of workers represented only 26.23%, having reduced almost 20 points, the population of workers, which some authors understand should be the only users of this kind of employment.

Since the Public Sector Contract Law in 2017, through its final fourteenth provision approved the amendment of the consolidated text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities and their Social Inclusion, adding a new section to its article 43, which determines the characteristics of the Special Employment Centers of Social Initiative, which should be promoted and participated mostly by non-profit entities, and with the legal obligation to reinvest their benefits. Dedicated the section to relate the law of social economy and protected employment highlighting the need to modify Law 5/2011, of Social Economy, to adapt it to the modification of the aforementioned article 43 and, consequently, to limit the consideration of social economy entities to the Social Initiative ECS, proposing that Article 5.1 of the aforementioned norm be modified in a generic way that establishes that the ECS are part of the social economy, when it should determine, clearly and precisely, that only "special employment centers of social initiative" will be part of the Social Economy.

After that, the article exposes the possibilities that the new Public Sector Contract Law, Law 9/2017, offers to boost social economy and equality. The norm favours the awarding to the social SEC by means of two mechanisms: a) through the possibility of determining the object of the contract, dividing in batches and reserving them expressly for SEC of social initiative and b) establishing as qualitative criterion of adjudication, a social aspect such as the promotion of social integration of people with disabilities, disadvantaged people or members of vulnerable groups. It describes as the standard set minimum percentages that will range between 7% and 10% of the overall amount of the award procedures and as in order to promote access to public procurement to small social entities in the reserved contract is not required to the definitive guarantee that is generally required.

The author believes that the administration through the new regulation can promote the employment of those who have more needs for work support, being able to increase the hiring of people with intellectual disabilities or mental health problems, through the promotion of the concept of exclusion social, or special support needs within the disability, estimating that this would generate more responsible and more inclusive public contracts.

In the section referring to the SEC registers of the autonomous communities, interesting reflections are made regarding the need for homogenization of the regulations regarding the qualification requirements of the SEC of social initiative, since its lack can cause practical problems for the articulation of the reserve of contracts.

The contributions of the section dedicated to necessary specific support to people with special difficulties of access to employment include a comparison of the percentages of employment of these people in Special Employment Centers of Social Initiative and Entrepreneurship and are outstanding. They proposes the need for positive discrimination within the disability, in which the reservation of contracts serves as an instrument to promote the creation of jobs for people with greater employability difficulties.

The article ends by highlighting the necessary special support in employment required by some groups within the disability, and that such supports can be promoted with the new Public Procurement Law. Taking first the statistics that determine which groups within the disability have more difficult to access employment, evidencing that people with intellectual disabilities or mental health problems have greater difficulty accessing many jobs, among other reasons, because of their difficulty in quickly resolving some situations or due to adaptation problems, proposing that in protected employment aids differ according to the support needs of workers, as would be logical, and as is done in ordinary employment, and not only in function of the employer having an SEC rating.

KEY WORDS: Relation of Economics to social Values, Labor Discrimination: Other, Regulated Industries and Administrative Law, Nonprofit Institutions. NGOs. Social Entrepreneurship, Disability Law, Severe disabilities.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes histórico-legales, sobre los CEE como economía social. 3. La Ley de Economía Social referida al empleo protegido. 4. Ley de Contratos del Sector Público. 5. Registros de CEE de las comunidades autónomas. 6. Sobre el apoyo específico a las personas con especiales dificultades de acceso al empleo. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

La actual legislación estatal de contratos del sector público, publicada en el año 2017, permite impulsar la igualdad, por medio de la aplicación de características objetivas en los contratos que valoren la promoción de la contratación de las personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo. La administración licitante puede incrementar de forma directa el empleo de las personas con discapacidad intelectual y personas con problemas de salud mental, promoviendo una contratación pública enfocada a los colectivos más desfavorecidos laboralmente.

La nueva norma de contratación pública, en base a dos motivos fomenta los contratos de la administración con entidades de economía social por medio de la reserva de contratos con centros especiales de empleo de iniciativa social y también con empresas de inserción: 1) porque los beneficios económicos de dichas contrataciones públicas serán devueltos a la sociedad de forma directa y 2) porque además las empresas sociales ponen en el centro a la persona, al trabajador, que desarrollará sus labores en esos contratos.

Pero transcurridos casi dos años desde la creación de una nueva categoría dentro del empleo protegido denominado Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, que finalmente resalta las diferencias históricas entre el trabajo impulsado por entidades sin ánimo de lucro y el desarrollado por empresas mercantiles, todavía no se ha adaptado a esta figura ni la normativa nacional, ni tampoco la autonómica.

En este artículo se desarrollan los antecedentes del empleo protegido en España, que se inició sólo con entidades sociales, y una crítica a la actual redacción de la Ley de Economía Social, que a mi parecer debería modificarse. Tras ello se exponen

las posibilidades que la nueva Ley de Contratos del Sector público ofrece para impulsar la economía social y la igualdad, se realizan observaciones sobre la necesidad de actualizar la regulación de todos los registros de Centros Especiales de Empleo de las comunidades autónomas y se termina destacando el necesario apoyo especial en el empleo que requieren algunos colectivos dentro de la discapacidad, que puede fomentarse con la nueva Ley de contratación pública.

2. Antecedentes histórico-legales, sobre los CEE como economía social

En España el empleo protegido se desarrolla por medio de los CEE, cuyas principales características son: 1) que los trabajadores deben realizar un trabajo productivo, participando la empresa regularmente en operaciones de mercado, 2) que los empleos deben ser remunerados, 3) que se presten servicios de ajuste personal y social, 4) que sean un medio de integración al mercado ordinario de trabajo y 5) que al menos un 70% de sus trabajadores debe tener certificado de discapacidad.

Cuando el Real Decreto 2273/1985¹ desarrolló la LISMI, describió en su art. 5 que los Centros Especiales de Empleo (CEE), podían ser públicos o privados, y que podían tener o no ánimo de lucro, pero no determinó diferencias entre ellos, más que la posibilidad de percibir compensaciones económicas en caso de que los no lucrativos, tuviesen necesidades de financiación para situaciones de pérdidas, nada más.

En sus inicios la mayoría de los CEE estaban constituidos por entidades sin ánimo de lucro, pero a finales de los años noventa², empezaron a crecer las entidades mercantiles interesadas en la explotación³ del empleo protegido. A raíz de

1. Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido. BOE núm. 294, de 9 de diciembre de 1985.

2. Sobre la expansión de los CEE desde los años 90 hasta la actualidad ver ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F., "Estudio introductorio". En AA.VV. (Dir. ESTEBAN LEGARRETA. R., PÉREZ AMORÓS, F.), *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 35.

3. Utilizo la palabra explotación según la RAE en su acepción segunda "*Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio*".

la irrupción del ánimo de lucro en el sector de la discapacidad algunas voces⁴ pretendieron que las entidades mercantiles no se beneficiaran de los fondos públicos y de las bonificaciones especiales de los CEE. Nada de esto sucedió y el crecimiento de estas entidades lucrativas no solo continuó, sino que se aceleró hasta duplicar en número a las entidades sociales⁵.

El CERMI, ya en el año 2007, en su Estrategia Global de empleo para personas con Discapacidad 2007-2008⁶, propuso una modificación legal que pretendía que los nuevos CEE estuviesen obligados a la reinversión de sus beneficios, y aspiraba también a que todos los nuevos CEE fuesen entidades sin ánimo de lucro, entidades sociales, pero no obtuvo esta propuesta resultado alguno.

También la doctrina⁷ opinaba que los CEE deberían constituirse únicamente como entidades de economía social y que estuviesen participadas al menos en un 51% por entidades sin ánimo de lucro. Pero de forma contraria a lo pretendido por la doctrina y el sector social, a partir de la crisis financiera de los años 2007 y siguientes, el sector no lucrativo disminuyó con la quiebra de muchos centros y de forma distinta las entidades mercantiles continuaron creciendo. Aun así, continuó el silencio del legislador que, con su política de no modificar ni la configuración de los centros, ni las ayudas que se prestan, fomentaba, y continua fomentando, de forma indirecta el crecimiento del sector lucrativo.

Es necesario tener en cuenta que aunque en sus relaciones con el mercado, los CEE se comporten como entidades mercantiles ordinarias, debiendo operar en el mercado abierto en plena competencia de calidad y precios, no deberían ser simples empresas que emplean a muchas personas con discapacidad, sino que están obligados a prestar, de forma continua, ajustes personales y sociales a sus trabajadores, y si no los prestan debería entenderse que no son CEE, al igual que

4. Borrador de aportaciones de la comisión de centros especiales de trabajo de la Coordinadora de Tallers al grupo de trabajo Feina & Lan. Ejemplar multicopiado.

5. En el año 2015 en España había registrados 1.269 CEE de iniciativa empresarial y 696 de iniciativa social, conforme consta en la respuesta del gobierno a la pregunta 184/2017 http://www.congreso.es/l12p/e3/e_0036553_n_000.pdf Consultado el 26 de septiembre de 2019.

6. En la propuesta CERMI 2007-2008, se estima que podría modificarse la legislación actual de CEE, para que los nuevos CEE sean entidades sin ánimo de lucro. COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Estrategia Global de acción para el empleo de personas con discapacidad. 2007-2008. Propuesta CERMI. Ediciones Cinca. Madrid. 2007. Pág. 148.

7. LALOMA GARCÍA. M., *Empleo Protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*. Ediciones Cinca. Madrid. 2007. Pág. 48.

debería suceder si no cumplen con el mínimo del 70% de personas con discapacidad contratadas, pero esto no sucede. Además, deberían promover la inclusión social, contratando a trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario, pues para ello fue creado el empleo protegido en España, por lo que todos los calificados como CEE, según la letra de la norma, deberían respetar una finalidad social-asistencial.

Es cierto que algunos pocos CEE sin ánimo de lucro todavía no han asumido “*dinámicas y procesos competitivos que les permitan operar de forma sostenible en el mercado*”⁸, no teniendo completamente implementadas formas de trabajo empresarial, sino que continúan centrados en su parte de servicio social⁹. Actualmente no pueden estar únicamente focalizados en dicha área, pues deben desarrollar su labor con los parámetros de eficiencia que el mercado espera, fomentando, no sólo la inclusión por medio del trabajo de cada una de las personas que lo desarrollan, sino que deben contribuir por medio de su identidad pública a la mejora de la imagen del colectivo, demostrando que las personas con discapacidad pueden realizar productos de calidad y en los plazos convenidos.

Es muy destacable que la gran mayoría, de los CEE sociales, tienen una alta capacidad competitiva, un retorno social casi directo y además son sostenibles económicamente, compaginando por lo tanto labor social con su función económica. Además, los CEE sociales habitualmente tienen en su plantilla un porcentaje muy alto de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo¹⁰, fomentando con ello la promoción laboral de quienes tienen menores tasas de

8. CONACEE, “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido : Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible”. <http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf> Consultado el 26 de septiembre de 2019.

9. GARRIDO PÉREZ entiende que “*no todos los CEE se rigen por reglas de competitividad o rentabilidad. Con frecuencia un fuerte componente social o la ausencia de ánimo de lucro presiden la creación y funcionamiento de CEE, lo que a la vez ha podido explicar el fracaso de algunas iniciativas de puesta en marcha de CEE*”. En *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 51.

10. En Cataluña el 65% de los trabajadores con especiales dificultades trabajan en CEEIS, aunque estos centros representan menos del 50% del empleo de los CEE. Fuente: SEGARRA, J.A.; FONTRONDONA, J.; PALENCIA, L.; CARRILLO, J.; POBLETE, M.J., “Libro Blanco para la formación, ocupación y empleo de las personas con discapacidad y especiales dificultades en los centros especiales de trabajo de Cataluña”, IESE, 2019. Pág. 37. <https://dx.doi.org/10.15581/018.ST-498>

empleo dentro de la discapacidad¹¹, promoviendo por lo tanto la igualdad para todos.

En contraposición a estos CEE no lucrativos, otro tipo de centros no desarrollan dinámicas ni procesos sociales y su única finalidad es la económica, logrando por medio del empleo protegido obtener beneficios¹², por medio de conseguir más bonificaciones y subvenciones. Estas entidades mercantiles, han logrado que se mire con recelo a todos los centros¹³, porque desarrollan sus funciones de forma que pueden llegar a considerarse competencia desleal, con empresas ordinarias que contratando a trabajadores con discapacidad no reciben tantas ayudas¹⁴. Este tipo de CEE provoca que el empleo protegido sea perci-

11. Los datos del INE del año 2017 determinan que la tasa de actividad de las personas con discapacidad dicho año era de 35,2 puntos, lo que supone una tasa 42 puntos inferior a las personas sin discapacidad. En el desglose por tipos de discapacidad se determina que los dos grupos que tienen menores tasas de actividad son las personas con discapacidad intelectual y las personas con trastorno mental con un 32,3 y 27,7 respectivamente. http://www.ine.es/prensa/epd_2017.pdf Consultado el 15 de septiembre de 2019.

12. En este sentido se manifiesta el informe aprobado por la COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL, afirmando que: “*De un lado, junto a los centros especiales que mantienen una labor de carácter netamente social y de transición al mercado ordinario de trabajo, se ha generado un espacio de negocio empresarial cuyo objetivo ha dejado de ser la inserción laboral de los trabajadores y que compite con ventaja con el resto de empresas*” en: “*Negociación Colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad*”. Colección informes y estudios. Serie Relaciones Laborales Núm. 75. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2006 http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Negociacion_colct.pdf Consultado el 26 de septiembre de 2019. Pág. 57.

Respecto de situaciones no éticas en los CEE, por falta de planificación individual y vulneración de derechos, ver VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F.B., VICENT. C. y MARTÍN, R., AA.VV. (Coords. VERDUGO ALONSO, M. A., JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B.), Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad. Amarú Ediciones. Salamanca. 2006. “Integración laboral y discapacidad...” Pág. 444.

13. Esto se puede observar por las noticias aparecidas en prensa. La más reciente de fecha 27 de septiembre de 2019 Ferrero, B. “*Abuso en el Palacio Real con personas con discapacidad: 11 horas diarias por 545 euros al mes*” El País. https://elpais.com/ccaa/2019/09/26/madrid/1569526007_058174.html, y también el artículo de opinión publicado el 1 de mayo de 2019 Victor Villar, E. “*El negocio de la trampa*” Diario 16, <https://diario16.com/los-centros-especiales-de-empleo-el-negocio-de-la-trampa/>

14. El sector de limpieza de edificios y locales creó en el año 2010 un observatorio en el que relacionaba a los CEE con la competencia desleal en su sector. http://www.diversas.ccoo.es/comunes/recursos/20/518242-informacion_sobre_el_Observatorio_Estatal_del_Sector_de_Limpieza_de_Edificios.pdf en el mismo sentido y sobre el mismo sector: <http://www.limpiezas-sayago.com/2011/01/19/sector-limpieza-no-todo-el-empleo-es-limpio/> Consultado el 08 de enero 2014.

bido por parte de la sociedad como dumping social, pues pueden realizar trabajos por debajo de los costes ordinarios, apoyados en trabajadores con altas capacidades, pero percibiendo ayudas como si sus empleados tuviesen especiales dificultades de acceso al empleo, no correspondiéndose esto con la realidad.

Quizá con un control más exhaustivo directo, no sólo sobre documentación, sino inspeccionando todas las actividades que deben realizar los CEE, sobre todo las relacionadas con los ajustes personales y sociales. Y también creando de forma definitiva los inexistentes equipos multiprofesionales, que deberían determinar que trabajadores requieren de empleo protegido, realizando itinerarios laborales personalizados de cada uno de ellos, quizá en dichas condiciones, muchos, probablemente casi todos, los centros mercantiles dejarían de operar en el empleo protegido.

Pero tras muchos años solicitando una modificación de la legislación sobre CEE que mejore la situación de las entidades sociales por su compromiso con las personas y por sus retornos directos a la sociedad, esta se ha iniciado por medio de La Ley de Contratos del Sector Público el año 2017, que en su disposición final decimocuarta aprobó la modificación del texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social¹⁵ (LGDPDIS), añadiendo un nuevo apartado al artículo 43 de dicha norma, por el que se determinan las características de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social (en adelante CEEIS).

Establece el nuevo art. 43.4 LGDPDIS, que serán considerados CEEIS aquellos que cumpliendo los requisitos generales para ser calificados como CEE, son promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por entidades que no tengan ánimo de lucro, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, y siempre que en todos los casos en sus estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, pudiendo reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

15. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2013.

El siguiente paso lógico, debería tener que ver con los trabajadores que tienen derecho a trabajar en dichos centros, creando equipos multiprofesionales públicos que determinen qué personas requieren de empleo protegido, que deberán realizar los esperados itinerarios profesionales, o bien determinando que sólo deben acceder al empleo de los CEE las personas con discapacidades severas que requieran ajustes personales y sociales continuos.

3. La Ley de Economía Social referida al empleo protegido

La Ley 5/2011, de Economía Social, de 29 de marzo¹⁶, determina en su artículo 4 que los principios orientadores de las entidades de la economía social española deben ser: 1) la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, 2) la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado al fin social objeto de la entidad, 3) la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo; y por último, 4) la independencia respecto a los poderes públicos.

En el artículo 5.1, de forma genérica establece que forman parte de la economía social, entre otras entidades, como cooperativas, mutualidades, fundaciones, asociaciones, y “*los centros especiales de empleo*”. No realiza dicha redacción distinciones entre tipos de centros y parece indicar, a primera vista, que la condición de ser entidad social abarca a todos los CEE independientemente de si tienen o no ánimo de lucro, y de si realizan, o no, una labor social real.

A mi juicio, una simple lectura de la norma, determina que los CEE mercantiles no son entidades sociales y que por lo tanto están fuera de su ámbito de aplicación, porque no cumplen los principios del art. 4. Las características de primacía de personas sobre el fin social y la reinversión de los resultados, se dan únicamente en los CEE promovidos por entidades sin ánimo de lucro, puesto que las sociedades mercantiles tienen como finalidad generar beneficios no poner en el centro a las personas, y lógicamente reparten los beneficios a sus socios, reinvirtiéndolos únicamente cuando entienden que ello mejorará resultados en ejercicios posteriores. Por lo que parece que la norma tiene una contradicción interna entre la redacción literal de su artículo quinto y los principios que establece su artículo cuarto.

16. BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2011.

La definición conceptual más reciente de la Economía Social, a nivel europeo, ha sido establecida en la Carta de principios de la economía social, promovida por la Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones¹⁷, que es la institución europea que representa las cuatro familias de entidades de la economía social, determinando en dicha carta los siguientes principios: 1) la primacía de la persona y del objetivo social por encima del capital, 2) la adhesión voluntaria y abierta, 3) el control democrático ejercido por sus miembros (este no afecta a las fundaciones, puesto que no tienen socios), 3) la combinación de los intereses de los miembros usuarios y/o del interés general, 4) la defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad, 5) la autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos, y por último 6) la utilización de la mayoría de los excedentes para la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, los servicios de interés para los miembros y el interés general.

Se puede comprobar que los principios de la economía social europea y los de la norma estatal son bastante similares, coincidiendo en que la promoción de la persona debe ser el fin de la entidad y además las entidades sociales deben realizar una reinversión de sus beneficios. Esto interpretado de forma conjunta con lo establecido en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido¹⁸ que determina en su art. 20.3 que son entidades de carácter social aquellas que, entre otros requisitos, deben “*carecer de finalidad lucrativa y dedicar, en su caso, los beneficios eventualmente obtenidos al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza*”. A la luz de estas normas debería armonizarse la legislación española y quizá se debería determinar de forma clara e indubitada que la entidad que quiera ser considerada como social, o las entidades que ostentan su control, deberán carecer de ánimo de lucro.

El nuevo artículo 43.4 de la LGDPDIS, que caracteriza a los CEEIS, obliga a reinvertir los beneficios por ley, y establece que tendrán la consideración de iniciativa social aquellos que estén promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente por entidades que no tengan ánimo de lucro, como asociaciones, fundaciones, y cooperativas. La norma deja un pequeño resquicio

17. MONZÓN CAMPOS J.L. & CHAVES ÁVILA R., en “LA ECONOMÍA SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA” Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC). 2012. <https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-30-12-790-es-c.pdf>

18. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. BOE núm. 312, de 29/12/1992.

interpretativo cuando determina: “*u otras entidades de la economía social*”, no dice sociedades mercantiles con ánimo de lucro, pero tampoco las elimina, y continua su redacción afirmando: “*siempre que reconozcan su carácter social en los estatutos siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad*”. Por lo que estimo que es necesario clarificar en la Ley de Economía Social, que no todos los CEE están incluidos en su ámbito, sino sólo los de iniciativa social.

Hay que tener en cuenta que un CEE mercantil con ánimo de lucro, puede afirmar en sus estatutos que tiene carácter social¹⁹, esta manifestación puede elevarse a público porque no va en contra de ninguna normativa mercantil ni registral, y ni tampoco incrementa, ni disminuye la responsabilidad de los socios, pues es una mera declaración, que le permitiría simular que se encuentra, ficticiamente, dentro de los principios orientadores de la Ley 5/2011. Así, reduciendo/traspassando los beneficios de una entidad mercantil con ánimo de lucro, y manifestando en sus estatutos que tiene carácter social, algunos CEE podrían pretender que son entidades sociales, según la letra de dicha Ley.

Por ello, para armonizar el nuevo apartado de la LGDPDIS, la normativa tributaria, y los principios de la economía social europea, con la Ley de Economía Social, debería establecerse en esta norma, de forma clara y precisa, que sólo formarán parte de la economía social los CEE que cumplan los requisitos establecidos en el art. 43.4 de la LGDPIS y por ello sería conveniente modificar el art. 5 de la Ley 5/2011²⁰ y determinar de forma clara y directa que serán entidades de economía social los “*centros especiales de empleo de iniciativa social*”.

En cualquier caso, la realidad legal no puede mantenerse al margen de la realidad social, y junto con las consideraciones jurídicas anteriores, se debe tener en cuenta que muchos de los grandes grupos de empresas multiservicios y compañías con grandes necesidades de contratación de personal, son titulares de CEE.

19. Algunas patronales de CEE ya en el 2015, sabiendo que se estaban gestando propuestas de crear una diferenciación legal entre los centros de carácter mercantil y social, recomendaron a sus asociados que hicieran modificaciones de estatutos en este sentido y muchos de los CEE con ánimo de lucro ya tienen modificaciones estatutarias inscritas en el Registro Mercantil que hacen constar que son empresas sociales y que anualmente estudiarán la reinversión de beneficios, por lo que estarían cumpliendo, teóricamente, con los requisitos de ser entidades de iniciativa social, sin evidentemente serlo.

20. En este sentido se manifestó en esta misma revista MORATALLA SANTAMARÍA, P., “Centros Especiales de Empleo” CIRIEC-España, Revista Jurídica Nº 29/2016 <http://ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/029-010.pdf> Visto el 28 de septiembre de 2019.

También hay que tener en cuenta que muchas de esas grandes corporaciones tienen fundaciones privadas vinculadas a sus grupos mercantiles, y las que todavía no las tienen podrían crearlas, por lo que se debería concluir que pese a que la norma determine que se debería beneficiar a CEEIS, algunas operaciones de “ingeniería legal” podrían burlar estas medidas, por lo que hay que diseñar las políticas para que los apoyos lleguen a los trabajadores centrándose en las personas, que los requieren, y no en el tipo de entidades.

Una de las cuestiones referidas a la promoción del empleo de personas con discapacidad, que en España tiene pendiente un debate en profundidad, es la determinación de si el trabajo en CEE debería limitarse a trabajadores con discapacidades severas, por los apoyos especiales que ofrece y no ser utilizado por todo tipo de personas con discapacidad, sin especiales dificultades de acceso al empleo ordinario.

4. Ley de Contratos del Sector Público

La Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), Ley 9/2017, de 8 de noviembre²¹, transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2014/23/UE²² relativa a la adjudicación de contratos de concesión y también la Directiva 2014/24/UE²³ sobre contratación pública.

Estas dos directivas permiten que los estados miembros valoren en la contratación pública criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad, y también el diseño para todos. Establecen asimismo que los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a “*talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas*”²⁴, y también prevén la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo prote-

21. BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

22. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014.

23. 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. DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014.

24. Art. 20 Directiva 2014/24/UE.

gido, a condición de que al menos el 30 % de sus empleados sean trabajadores con discapacidad o desfavorecidos.

Si bien, desde el año 2007²⁵ se establecía la opción de reserva de contratos a favor de los CEE, desde la promulgación de la Ley 31/2015²⁶ esta opción se extiende también a las empresas de inserción, la nueva LCSP mantiene estas dos ideas e introduce dos novedades adicionales que son: 1) la opción de reserva de lotes, para empleo protegido y empresas de inserción, facilitando así la entrada en contratos con un objeto más accesible para para entidades de tamaño más reducido, y 2) introduce la obligatoriedad en la reserva de dichos contratos o lotes, estableciendo la norma que *“se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social”*²⁷. Frente al anterior texto del año 2011 que de forma mucho más voluntarista únicamente establecía: *“Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo”*²⁸.

El legislador, como ya se ha dicho, por medio de la LCSP modificó la LGDPDIS definiendo la categoría legal de los CEEIS para dar una dimensión más social a la contratación pública, y determinó que las características sociales de los contratos deberán referirse *“al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato”*²⁹, para promover la inserción socio-laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social.

La LCSP pretende favorecer la adjudicación a los CEE sociales mediante dos mecanismos: a) a través de la posibilidad de determinar el objeto del contrato, dividiendo en lotes y reservándolos expresamente para dichos CEE -art. 99.4 in fine LCSP- y b) estableciendo como criterio cualitativo de adjudicación, un aspecto social como es *“el fomento de la integración social de personas con discapa-*

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

26. Art. 3.1. Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 2015.

27. Disposición adicional cuarta.

28. Disposición adicional quinta Ley de Contratos del Sector Público 2011.

29. Art. 145.

idad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción (...)”.

Pese a que la norma no determina expresamente que dichos CEE deban ser de iniciativa social, se debe entender que ha de ser así interpretado, pues la Disposición Adicional Cuarta titulada “Reserva de contratos” a la que se remite expresamente el art. 99, sólo hace mención a los centros de iniciativa social. En este Sentido se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales TACRC en su Resolución nº510/2019³⁰ y refuerza dicha interpretación que en ambos artículos se menciona de forma conjunta a los CEE y a las empresas de inserción³¹, que sólo pueden ser de iniciativa social.

Dicha D.A. 4ª, con la finalidad de favorecer la adjudicación de contratos públicos a estas entidades, establece dos vías de “reserva” de porcentajes mínimos para ellas: mediante la obligación de reservar el derecho a participar en la licitación “de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción” o bien estableciendo dicho porcentaje mínimo de reserva en la ejecución de los contratos “en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”.

Para la fijación de dichos porcentajes es competente el Consejo de Ministros en el ámbito estatal y el “órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales”. Y con el objetivo de evitar que la falta de adopción de dicho Acuerdo por el órgano competente deje en papel mojado dicha exigencia legal, la norma fija para este supuesto un porcentaje mínimo (y subsidiario) del 7% sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación

30. [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%200381-2019%20IB%2024-2018%20\(Res%20510\)%2009-05-2019.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%200381-2019%20IB%2024-2018%20(Res%20510)%2009-05-2019.pdf)

31. Las empresas de inserción fueron creadas para dar trabajo a personas en riesgo de exclusión social, como perceptores de rentas mínimas de inserción o prestaciones similares, personas que no pueden acceder a dichas rentas mínimas, jóvenes y menores procedentes de instituciones de protección a menores, personas con problemas de drogodependencias, internos de centros penitenciarios fuera de la relación laboral especial, etc. por medio de la Ley 44/2007 de 13 de diciembre para la regulación del régimen de las empresas de inserción. BOE núm. 299 de 14 de diciembre.

celebrados en el ejercicio anterior al de la reserva, porcentaje que se incrementará hasta un 10% a los cuatro años de la vigencia de la norma. No obstante, se debe entender que esta acertada previsión contra la inactividad de la administración, solo surte efecto en el ámbito estatal atendido el contenido del último párrafo del apartado 1 de dicha D.A. 4^a³².

Este porcentaje mínimo subsidiario del 7%-10% tan solo está previsto legalmente a falta de “Acuerdo de Consejo de Ministros”, no a falta de Acuerdo del resto de órganos competentes (autonómico y local). Falta de previsión que no debería interpretarse como un mero “olvido” del legislador que pueda “subsanarse”, dado que expresamente la norma establece que el deber de aplicar automáticamente dichos porcentajes subsidiarios nace, a falta de acuerdo, tan sólo para “los órganos de contratación del sector público estatal”. No existiendo consecuencia legal alguna ante la falta de acuerdo por parte de los órganos competentes en la administración autonómica y local, lo que resulta incomprensible.

Algunos CEE mercantiles continúan impugnando las reservas de empleo que la administración ya está realizando, pese a que la legalidad del derecho de reservar ciertos contratos ha sido resuelta favorablemente en varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A modo de ejemplo, la resolución núm. 860/2018³³, de 1 de octubre y la núm. 914/2018³⁴, de 11 de octubre del año 2018, establecieron que “la normativa europea, en particular en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, admite dicha reserva, no delimitando la forma jurídica de las entidades susceptibles de ser beneficiarias, puesto que ésta puede ser muy diversa en función del Estado miembro, por lo que la opción elegida por el Legislador nacional respecto de los CEE no entra en colisión directa con la normativa comunitaria”.

32. “El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.”

33. [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200836-2018%20VAL%20202-2018%20\(Res%20860\)%2001-10-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200836-2018%20VAL%20202-2018%20(Res%20860)%2001-10-2018.pdf)

34. [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200847-2018%20AST%2056-2018%20\(Res%20914\)%2011-10-2018.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202018/Recurso%200847-2018%20AST%2056-2018%20(Res%20914)%2011-10-2018.pdf)

También es destacable que la nueva LCSP, con el fin de favorecer el acceso a la contratación pública a pequeñas entidades sociales, en el contrato reservado invierte la regla general de prestación de garantía definitiva que se exige de forma general, de modo que *“En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”* (D.A. 4ª, apartado 3).

La norma refiere que los contratos deberán promover la inserción socio-laboral, debiendo valorarse en las características sociales del contrato finalidades como el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato. Por medio de dichos criterios la administración puede fomentar el empleo de quienes tienen más necesidades de apoyo laboral, pudiendo incrementar la contratación de personas con discapacidad intelectual o con problemas de salud mental, por medio de la promoción del concepto de exclusión social, o de especiales necesidades de apoyo dentro de la discapacidad, lo cual generaría contratos públicos más responsables y más inclusivos.

5. Registros de CEE de las comunidades autónomas

Debido al modelo descentralizado de administración pública española, todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en empleo y también asuntos referidos directa o indirectamente a la discapacidad³⁵. La transferencia de las políticas activas de empleo se inició en el año 1984 y finalizó el año 2010 con el traspaso de dichas competencias a la comunidad autónoma del País Vasco, quedando únicamente por transferir el registro de CEE a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Cada una de las CCAA, conforme fueron asumiendo la gestión del empleo, crearon sus respectivas órdenes y normativa de registros de CEE para realizar el

35. *“(…) las políticas que tradicionalmente se han asociado con la discapacidad, son atribución de las Comunidades Autónomas, que con su poder de autodecisión ordenan y regulan esa porción de nuestra realidad social que llamamos discapacidad”*. CABRA DE LUNA, M.A., “Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas”. En AA.VV. (Drs. DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L.C.), *Tratado sobre Discapacidad*. Aranzadi. Pamplona. 2007.

control de dicha gestión, esta descentralización de registros de empleo protegido, entre otros desajustes, provoca una falta de datos estadísticos muy importante y además genera que las situaciones entre comunidades, respecto el empleo protegido, sea muy dispar, pues las diferencias porcentuales entre el número de centros sociales y mercantiles en cada comunidad autónoma es muy significativa³⁶.

Por ello, en el año 2008 la “Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012”³⁷, para mejorar el conocimiento estadístico del sector, propuso crear un registro estatal de CEE que permitiese conocer la situación geográfica de los mismos, así como el sector de actividad al que pertenecen. Además de ello podría servir para unificar criterios entre CCAA y coordinar e intercambiar información con los registros autonómicos, así como facilitar información estadística sobre datos como: número de CEE, tipos de centros clasificados por su ánimo de lucro o la carencia de este, por sector de actividad económica, número de trabajadores y características la plantilla, tipos de contratos, etc., pudiendo por medio de este servicio, compartir y evidenciar experiencias positivas y negativas de cada comunidad.

Pero además del asunto estadístico, que es importante para conocer la realidad y poder diseñar políticas más efectivas, debería estudiarse el efecto que tiene en los trabajadores, pues la falta de homogeneidad en las políticas de empleo incide directamente sobre la realidad de la discapacidad distorsionando la debida igualdad de derechos de los ciudadanos, influyendo esta dispersión, además de en el empleo, en temas educativos, de servicios sociales, sanitarios³⁸.

36. En España en 2015 el gobierno estimaba que había 696 CEE de iniciativa social y 1269 de iniciativa empresarial, esto es un 35% de los primeros y un 65% de los otros. Por CCAA el Principado de Asturias sólo tenía un 7% de iniciativa social frente un 96% de iniciativa empresarial y de forma muy distinta un 61% de los CEE de Galicia eran de iniciativa social y sólo un 39% empresariales. Datos de las comunidades con más diferencias. http://www.congreso.es/112p/e3/e_0036553_n_000.pdf Consultado el 26 de septiembre de 2019.

37. Aprobado por el Consejo de Ministros el 26 de septiembre de 2008. http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/Estrategia_global_personas_discapacidad_2008_2012.pdf. Consultado el 26 de septiembre de 2019.

38. A modo de ejemplo, recientemente, el 23 de julio de 2019 (DOGV núm. 8602 de 30 de julio de 2019) la Comunidad Valenciana publicó la Orden 4/2019 por la que se crea la tarjeta acreditativa de la condición de persona con discapacidad, y en ella, en contra de lo establecido por el Tribunal Supremo, que anula la equiparación total realizada por la LGDPDIS, entre los derechos de las personas con discapacidad con las personas con incapacidad laboral permanente, la Comunidad Valenciana, asimila en su tarjeta acreditativa ambas situaciones jurídicas otorgando derechos a personas que en otras Comunidades no los tendrían, distorsionando por lo tanto la igualdad.

La calificación de los CEEIS en los diferentes registros, debería estar regulada sin importantes variaciones entre cada una de las comunidades autónomas. Si el CEE está inscrito en una comunidad que no ha regulado la forma de registro de la condición de iniciativa social, únicamente podrá operar como tal si, en cada ocasión, demuestra ante la administración contratante que cumple con los requisitos legales, pues este reconocimiento de inscripción registral debe entenderse como un control previo para el acceso a los contratos reservados, no como una traba al acceso de dicha condición. Pero en caso de existir registro autonómico específico que califique la condición de iniciativa social, su inscripción será condición indispensable para poder tener derecho a acceder a la reserva de contratos de las administraciones públicas, debiendo cumplir los condicionantes que determine cada comunidad.

Es necesario señalar que la Comunidad Autónoma de Galicia fue la primera en determinar las características que debían cumplir los CEE que no tuviesen ánimo de lucro. Doce años antes de la nueva regulación sobre los centros de Iniciativa social, por medio del su Decreto 200/2005³⁹, sobre el Registro administrativo de Centros Especiales de Empleo de Galicia, determinó en el año 2005 las condiciones que deben cumplir los centros sin ánimo de lucro que operen en dicha comunidad, para inscribirse y mantener dicha calificación, y desde ese momento mantiene actualizada una relación de centros que tienen reconocida la carencia de ánimo de lucro, en el ámbito de esa comunidad.

Establece el Decreto Gallego, que podrán ser reconocidos como centros especiales de empleo sin ánimo de lucro aquellos cuya titularidad corresponda a alguna de las siguientes personas jurídicas: “a) *Cooperativas de carácter no lucrativo*, b) *Sociedades de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas en los apartados a) y c) de este número o de otras de carácter público, directa o indirectamente. ... y c) Asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, que contemplen expresamente en sus estatutos sociales la irrepertibilidad de su patrimonio, excepto a favor de entidades del mismo carácter.*” Exige también la norma que dichos centros deberán tener como finalidad primordial la integración laboral de personas con discapacidad, y que los posibles beneficios o excedentes obtenidos de la explotación de su actividad, se deben reinvertir en su totalidad en el propio centro o en otros centros especiales

39. Decreto 200/2005, de 7 de julio, por el que se regula la autorización administrativa y la inscripción en el Registro administrativo de Centros Especiales de Empleo de Galicia, y su organización y funcionamiento. DOG núm. 138. De 19 de julio de 2005.

de empleo que carezcan de ánimo de lucro. Por lo que es evidente que el registro gallego, en 2005, ya obligaba a cumplir unas características muy similares a las establecidas, desde el año 2018, en el nuevo art. 43.4 de la LGDPDIS.

En la Comunidad Valenciana, no se tenía regulación previa sobre CEE sin ánimo de lucro, pero en diciembre del año 2018, se modificó la Orden de Registro del año 1986⁴⁰, por medio de la publicación de un nuevo Decreto que regula la calificación e inscripción de los CEE en el Registro de la Comunitat Valenciana⁴¹, incorporando aspectos hasta ahora no contemplados en dicha orden, tales como las causas y el procedimiento de pérdida de calificación, y determinando la calificación específica de CEEIS.

El Decreto Valenciano establece, siguiendo lo establecido en la norma estatal, que los CEE deberán estar obligados por sus Estatutos o por acuerdo social a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, pudiendo reinvertirlos en el propio CEE o en otros de iniciativa social. Y que deberán estar promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social. Señalando que aquellos cuya titularidad corresponda a sociedades mercantiles deberán acreditar que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio.

Además, establece en su art. 8.2.b) que, tras acreditarse la iniciativa social, durante el resto de ejercicios, los CEEIS deberá presentar sus Cuentas Anuales acompañadas de una declaración responsable del órgano competente de la entidad del acuerdo social por el que se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios, esto es se pretende realizar un seguimiento de la obligación de reinversión,

40. Orden de 10 de abril de 1986, de la Consellería de Trabajo y Seguridad Social, por la que se crea el Registro de Centros Especiales de Empleo de Minusválidos de la Comunidad Valenciana. DOGV núm. 376 de 14 de mayo de 1986.

41. Decreto 227/2018, de 14 de diciembre, del Consell, por el que se regula la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en el Registro de centros especiales de empleo de la Comunitat Valenciana (DOGV nº 8467 de 18/01/2019).

para que esta no sea únicamente una declaración de intenciones sin trascendencia posterior.

A mi juicio, todas las CCAA deberán modificar su normativa reguladora de registro de CEE para incluir en ellos la calificación específica de Iniciativa Social. Ello redundará en una mayor armonización con la legislación estatal, pero sobre todo en una mayor seguridad jurídica de todos los operadores, al realizar la identificación de los centros de iniciativa social personal especializado en dichos registros, pues con la calificación explícita realizada por el registro específico, no deberán demostrarse todos y cada uno de los requisitos de iniciativa social ante cada una de las administraciones contratantes, sino que la inscripción registral acreditará que es, o no, una entidad social.

6. Sobre el apoyo específico a las personas con especiales dificultades de acceso al empleo

No todas las personas somos iguales, ni tenemos las mismas capacidades. Tampoco dentro del colectivo de personas con discapacidad todas las personas son iguales, ni tampoco lo es su capacidad laboral. Sería necesario individualizar los apoyos para poder lograr una mayor igualdad, y una buena forma de lograrla sería la creación de unos equipos multiprofesionales públicos que determinen los apoyos que necesita cada persona.

Pero mientras se constituyen dichos equipos y valoran a todos los trabajadores, podemos comprobar como las estadísticas determinan que las personas con discapacidad lo tienen más difícil para acceder al empleo que quienes no tienen discapacidad, y también establecen que no tiene los mismos problemas de integración laboral las personas con una discapacidad física o sensorial con un grado del 33%, que aquellas personas con discapacidad intelectual o problemas de salud mental del mismo grado, pues estas últimas tienen mayor dificultad de acceso a muchos trabajos, entre otros motivos, por su dificultad de solucionar rápidamente algunas situaciones o por problemas de adaptación.

El legislador sabe que no dificultan por igual el acceso al empleo todas las etiologías y grados, y por ello en distintos textos legales, ha querido fomentar la igualdad en el empleo por medio de la acción positiva dentro de la discapacidad, distinguiendo al grupo formado por quienes tienen una etiología intelectual o de salud mental igual o superior al 33% junto con quienes tienen una discapacidad

física o sensorial igual o superior al 65%, y determinando que estos forman un colectivo cuya discapacidad dificulta de forma severa su acceso al mercado de trabajo.

La primera norma laboral que determina esta distinción fue el Real Decreto 290/2004⁴², de 20 de febrero que regula los Enclaves Laborales, desarrollando un contrato que los CEE pueden desarrollar con empresas ordinarias para potenciar la empleabilidad de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo ordinario, y posteriormente fue reconocido también, por las normas de bonificaciones de cuotas empresariales. La vigente Ley 43/2006⁴³, ofrece mayores cuantías bonificables a las empresas ordinarias que contraten a trabajadores con discapacidades que denomina severas para *“disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad”* en especial de este colectivo.

En el empleo protegido siempre han tenido todos los trabajadores la misma bonificación, pese a que parezca ilógico, y las ayudas estatales son casi iguales sin diferenciar las necesidades de apoyos, sólo el año 2019, y de forma extraordinaria para este año, la Orden TMS/805/2019, de 23 de julio⁴⁴ incrementa la subvención del SMI para los trabajadores con discapacidad severa que trabajen en los CEE, pasando del 50% general, al 55% para estos trabajadores. Quizá esto es el inicio en la senda de aplicar ayudas, también en los CEE, en función de las necesidades de apoyo de las personas y no de las empresas.

La derogada Ley de 2011, de Contratos del Sector Público⁴⁵, determinaba en su disposición adicional quinta, que podría reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos, o reservar su ejecución a CEE, *“cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer*

42. BOE núm. 45, de 21 febrero 2004.

43. Ley 43/2006 de mejora y crecimiento del empleo. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

44. Orden TMS/805/2019, de 23 de julio, por la que se incrementan, con carácter extraordinario, las subvenciones destinadas al mantenimiento de puestos de trabajo de personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo, establecidas en la Orden de 16 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de las personas con discapacidad en centros especiales de empleo y trabajo autónomo. BOE núm. 179, de 27 de julio de 2019.

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.

una actividad profesional en condiciones normales”. Es cierto que dicha redacción era muy similar a la redacción de la LISMI cuando definía el objeto de los CEE, y se parecía a la expuesta en el preámbulo del vigente Reglamento 2273/1985 de CEE. Pero podría haberse interpretado de forma que fomentara el empleo de personas con dificultades de acceso al empleo ordinario, puesto que hacía mención expresa a que los CEE debían contratar a personas que además de tener una discapacidad, esta les dificultase especialmente el acceso al empleo.

La actual redacción de la LCSP, ha eliminado la referencia al tipo de trabajadores con discapacidad que deben contratar los CEE, quizá porque a efectos prácticos fue inservible, pero por medio de la creación de la categoría legal de los CEEIS, no sólo promueve el retorno de los beneficios que en su caso genere el contrato público, sino también de forma indirecta una mayor contratación de personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo.

Esto se puede comprobar por medio de los datos del estudio recientemente publicado por DINCAT y el IESE⁴⁶ en el que se evidencia que, pese a que los CEE mercantiles tienen en plantilla un 52% del total de los trabajadores del empleo protegido, únicamente dan empleo a un 35% de los trabajadores con discapacidad intelectual o enfermedad mental, lo que evidencia que son las entidades de economía social las que fomentan la igualdad por medio de la contratación de quienes más necesidades de apoyo requieren.

El aumento del número de CEE mercantiles, coincide en el tiempo con el descenso del porcentaje de trabajadores con discapacidad con discapacidades severas en empleo protegido. Los empleados con especiales dificultades de acceso al empleo han reducido su presencia en los CEE de forma evidente en los últimos años.

Si a nivel estatal se puede comprobar que en el año 2009 el porcentaje de trabajadores con discapacidad severa, era de un 50,4% de la plantilla, en el año 2016 se redujo a un 44,90%, pero los datos de la Comunidad Valenciana, con un histórico mayor, evidencian más la realidad, y si nos referimos únicamente a la contratación de trabajadores con discapacidad intelectual y/o con problemas de salud mental, se observa que el año 2001 eran un 45,76% de la plantilla y en el año 2016 únicamente representan un 26,23%, esto es se ha reducido casi 20

46. SEGARRA, J.A.; FONTRDONA, J.; PALENCIA, L; CARRILLO, J.; POBLETE, M.J., “Libro Blanco ...” *Op. Cit.*

puntos la presencia de trabajadores con especiales dificultades⁴⁷ en un empleo en el que su presencia debería ser mayoritaria, si no única.

Las personas con discapacidad intelectual y quienes padecen enfermedad mental son un grupo claramente desfavorecido que tiene un porcentaje mayor de desempleo⁴⁸ dentro del colectivo de la discapacidad, tanto en el empleo ordinario, como también, como se ha visto en el párrafo anterior, dentro del empleo protegido, por lo que requieren un apoyo más intenso y directo para lograr su inclusión laboral. Los contratos de reserva podrán promover la inclusión laboral mediante la aplicación de criterios legales, pues la administración podría exigir que un porcentaje elevado, al menos el 30%, de la plantilla de la entidad contratante, tenga una discapacidad psíquica o problemas de salud mental.

Establece el art. 145 de la LCSP que se puede promover el empleo de grupos especialmente desfavorecidos laboralmente, y por lo tanto de personas con discapacidad en riesgo de exclusión social, y determina que el órgano de contratación podrá implantar criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio e incluir aspectos sociales, vinculados al objeto del contrato que podrán ser, entre otros el fomento del empleo de “*personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato*”.

En esa línea de fomento de la inclusión, el preámbulo de la LCSP exige a todas las entidades que quieran contratar con la administración, que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación. Recoge como causa de prohibición para contratar con las entidades del sector público, el no cumplir el requisito de que al menos el 2% de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, pero además faculta al licitador a promover que dicho porcentaje sea más

47. Se puede ver un estudio en profundidad sobre la disminución porcentual de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo en: GARCIA SABATER A. B. *Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido*. Editorial Aranzadi. Cizur menor. 2018. Pág.258 a 261.

48. Los datos del INE del año 2017 determinan que la tasa de actividad de las personas con discapacidad dicho año era de 35,2 puntos, lo que supone una tasa 42 puntos inferior a las personas sin discapacidad. En el desglose por tipos de discapacidad se observa que los dos grupos que tienen menores tasas de actividad son las personas con discapacidad intelectual y las personas con trastorno mental con un 32,3 y 27,7 respectivamente, con una diferencia con el grupo de personas con afectación del sistema auditivo de más de 30 puntos, lo que evidencia las diferentes necesidades de apoyo laborales. http://www.ine.es/prensa/epd_2017.pdf Consultado el 15 de septiembre de 2019.

alto. De igual forma se podrá valorar que los CEE tengan un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 70% obligatorio, o circunstancias especiales dentro de la discapacidad.

La vigente LCSP establece que los órganos de contratación de la administración deberán “*velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato*”, determinando que en toda contratación pública se deberán incorporar de manera transversal y preceptiva criterios sociales, debiendo incluso constar en la definición del objeto y tipo del contrato, dichas consideraciones sociales y de innovación.

Por medio de estos criterios, los licitadores podrán implementar obligaciones para los contratantes que vayan más allá de las básicas establecidas en la norma, como son la reserva de contratos para CEEIS o para empresas de inserción, y valorar las consideraciones sociales pudiendo incluir, dentro de lo que el legislador denomina “*innovaciones sociales*” la promoción del empleo de colectivos específicos que dentro de la discapacidad tienen mayor riesgo de exclusión social.

7. Conclusiones

En España siempre han podido constituirse CEE sin ánimo de lucro centrados en las personas, y en el fomento de la inclusión laboral y social de sus trabajadores. Pero si en los inicios del empleo protegido sólo se fundaban centros por entidades sociales, a partir de los años 90 se precipitó la creación de CEE mercantiles, que finalmente han superado en número de centros, y de trabajadores contratados, a los sociales. Y pese a que los CEE no lucrativos reinvierten todos sus beneficios, y esfuerzos, en un apoyo directo a las personas con discapacidad, sobre todo en aquellas con discapacidades severas, las diferencias legales en la promoción de los diferentes tipos de CEE, históricamente, han sido casi inexistentes.

La caracterización legal clara de los centros de iniciativa social, realizada por la LSCP del año 2017, y el fomento de la contratación pública responsable por medio los contratos de reserva que promueve dicha ley, debería incrementar la igualdad y puesto que las Administraciones contratantes ya cuentan con los instrumentos legales, podrán reservar contratos a favor de los CEEIS y fomentar así el crecimiento de puestos de trabajo destinados a personas con especiales dificultades de acceso al empleo.

Sería conveniente modificar la Ley de Economía Social, para evitar interpretaciones interesadas que difuminen el alcance de los avances realizados, debiendo determinarse en esta norma de forma clara y precisa, que sólo son empresas de economía social los CEEIS. De igual forma, las CCAA deberán ajustar su regulación sobre inscripción de los CEE, para que en sus registros, se incluya de forma expresa la calificación de “Iniciativa Social”, ello redundará en una mayor seguridad jurídica de todos los operadores, y junto con la creación de un registro estatal de CEE, quizá se lograría una mayor homogeneidad normativa a nivel nacional y sobre todo el incremento de la información estadística que aporte información para mejorar la toma de decisiones sobre las ayudas que se están prestando y sus efectos.

En la consecución de una contratación pública más responsable, se debería hacer uso de todos los recursos legales disponibles que fomenten la integración de las personas que están fuera del mercado laboral, y la Administración puede apoyarse en los centros de iniciativa social para promover el empleo de trabajadores con discapacidad intelectual o con problemas de salud mental utilizando estos centros como instrumentos para impulsar la igualdad.

Bibliografía

- FERRERO, B.: “Abuso en el Palacio Real con personas con discapacidad: 11 horas diarias por 545 euros al mes”. El País. (27 de septiembre de 2019) https://elpais.com/ccaa/2019/09/26/madrid/1569526007_058174.html
- CABRA DE LUNA, M.A.: “Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas”. En AA.VV. (Dir. DE LORENZO, R. & PÉREZ, L.C.), Tratado sobre Discapacidad. Aranzadi. Pamplona. 2007.
- COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL: Negociación Colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad. *Colección informes y estudios. Serie Relaciones Laborales*, Núm. 75. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2006
http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Negociacion_colct.pdf
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: Estrategia Global de acción para el empleo de personas con discapacidad. 2007-2008. Propuesta CERMI. Ediciones Cinca. Madrid. 2007.
- CONACEE: “Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado de trabajo protegido: Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible”.
<http://conacee.org/wp-content/uploads/2014/07/2014-01-BMcK-Resumen-Ejecutivo-INFORME-MERCADO-PROTEGIDO.pdf>
- ESTEBAN, R. & PÉREZ, F.: “Estudio introductorio”. En AA.VV. (Dir. ESTEBAN R., PÉREZ, F.), La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.
- GARCÍA, A.B.: Necesidades especiales de apoyo laboral en colectivos con discapacidad. En particular, el empleo protegido. Editorial Aranzadi. Cizur menor. 2018.
- GARRIDO, E.: El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- LALOMA, M.: Empleo Protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados. Ediciones Cinca. Madrid. 2007.

- MONZÓN, J.L. & CHAVES, R.: en “La Economía Social en la Unión Europea” Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC). 2012.
<https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-30-12-790-es-c.pdf>.
- MORATALLA, P.: “Centros Especiales de Empleo”. *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, N° 29/2016 <http://ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/029-010.pdf>.
- SEGARRA, J.A., FONTRODONA, J., PALENCIA, L, CARRILLO, J. & POBLETE, M.J.: Libro Blanco para la formación, ocupación y empleo de las personas con discapacidad y especiales dificultades en los centros especiales de trabajo de Cataluña. IESE, 2019. <https://dx.doi.org/10.15581/018.ST-498>.
- VERDUGO, M.A. & JORDÁN, F.B. (Coords.): Rompiendo inercias. Claves para avanzar. VI Jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad. Amarú Ediciones. Salamanca. 2006. “Integración laboral y discapacidad...”
- VÍCTOR, E.: “El negocio de la trampa” Diario 16. (1 de mayo de 2019)
<https://diario16.com/los-centros-especiales-de-empleo-el-negocio-de-la-trampa/>

LA DIMENSIÓN SOCIAL E INCLUSIVA DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

¿Un nuevo avance en la inclusión de las personas con discapacidad?*

Laura Marín Cáceres

PSI Derecho Civil

Universidad de Jaén

RESUMEN

Análisis jurídico de las principales cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con el objetivo de determinar si su tardía promulgación responde al compromiso adquirido de utilizar la contratación pública como instrumento para implementar políticas tanto europeas como nacionales que supongan un avance en el obligado respeto a los derechos de las personas con discapacidad y, por tanto, su plena inclusión.

Para ello, gran parte del trabajo se dedica a analizar el impulso de la normativa internacional, como motor de inclusión de las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la contratación pública, pues no cabe duda que las modificaciones en nuestro Derecho interno sobre contratos públicos, se deben al impulso que con distinta intensidad provocan las Directivas de contratos de la Unión Europea que se suceden desde 1971.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, cláusulas sociales, discapacidad, inclusión.

CLAVES ECONLIT: B55; D63; J14.

* La denominación completa de la norma: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de febrero de 2014. (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

THE SOCIAL AND INCLUSIVE DIMENSION OF LAW 9/2017 OF NOVEMBER 8TH ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS

A new advance for the inclusion of people with disabilities?

EXPANDED ABSTRACT

The inclusion of social clauses in public procurement responds to a process of evolution that has its origin in the development of human rights. Legislation at supranational and regional level protects human rights and implicitly protects persons with disabilities, although the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities provides the binding legal framework by and for people with disabilities. Likewise, the European Union transforms its objectives and adapts its policies with the goal of becoming a guarantor of human rights. Proof of that is the use of the Directives as an appropriate instrument for harmonisation, playing a leading role in the development of public procurement, as a powerful instrument for achieving social, environmental and innovative objectives. In this sense, this law is enacted as an instrument of transposition of European Parliament and Council Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU of February 2014, Law 9/2017, of November 8th, on Public Sector Contracts (hereinafter LCSP) (although out of term).

It is an extensive, complex norm, sometimes with a complicated wording, constant references to other articles of the norm and even to other laws, which has caused a huge amount of pre and post norm information that, in occasions, more that clarifying produces the opposite effect. Wishing that this does not happen with the content of this paper (which aims to determine whether the inclusion of social clauses in the hiring processes, assuming the commitment to meet objectives of socio-labour policy, have counteracted and, therefore, improved the real disadvantages of people with disabilities in the socio-labour sphere, ensuring equal treatment and non-discrimination), its content is structured from the general to the content of the LCSP itself.

In this sense, defines a social clause as a discretion included in public procurement processes by virtue of which the commitment to comply with certain social policy objectives is assumed. However, the social clauses we refer, are the provisions that can be included in public contracts to compensate the situation of people with disabilities.

There is a wide-ranging reason to include social clauses. From the eternal dichotomy between Economy and Ethics, between what is and what should be, to the meaning of the values enshrined in the Spanish Constitution that configure the State as social. However, the fact is that the changes in our internal law on public contracts are undoubtedly due to the drive caused with different intensity by the European Union Directives that have happened since 1971 and to the Jurisprudence of the Court of Justice. In particular, the idea that public procurement is the ideal document to materialise other public policies such as social policy

and with a clear superiority of environmental policy that it is reflected in the Directives of 1992. The EU injects a new impulse to use public procurement as a means of integrating social aspects through the third generation Directives (2004). For this reason, we already find social and environmental considerations in the repealed laws 30/2007 and 3/2011 on Public Sector Contracts and with the fourth generation Directives in 2014, the latter of this transposed by Law 9/2017, which the full entry into force is delayed until 9 March 2019.

The analysis of the main contributions of the LCSP, from its social and inclusive dimension, has been carried out through a series of points that, if practiced by the Public Administration or public sector entity, subject to the regulatory Law framework, would embody the conviction and support for public procurement socially responsible towards people with disabilities. Based on this, thirteen actions or exercises are proposed to be carried out. They emphasize the imperative mandate of inclusion of social clauses in public procurement (art. 1.3) and must be interpreted in conjunction with the rest of the regulation because, although the debate on whether the inclusion of the clauses distorted the very nature of the contract ends, it is no less true that their incorporation may be when award criteria are designed, such as the qualitative criteria for evaluating the best value for money or as special execution conditions, but their introduction is subject to their being related to the object of the contract. For this reason, before including them, it would be necessary to assess the goal pursued and choose the most suitable means and a control of the effective compliance with the social clause during the execution phase, it does not make sense that what is required by the public authority or offered by the bidder is left to the fate of the successful bidder. The problem is that the control and imposition of sanctions is a faculty of the contracting authority.

It is of maximum interest, in order to achieve the effectiveness of the social clauses referring to disability, the possibility of planning in advance the public contracting of the exercise and conducting preliminary market consultations of the market (art. 115). The improvable aspect of this forecast would be to modify the concept of planning and consultation due to their mandatory nature.

On the other hand, it would be convenient for a correct application of the reserved contracts that the Public Administrations and public entities draw up lists of the Special Employment Centres, Insertion Companies and Social Economy Companies in order to collate the contractual object itself and the sector of activity, with those products and services that these companies offer. In relation to this, the fourth additional provision imperatively establishes that the State Administration, Autonomous Communities and local entities are obliged to set a minimum percentage of their public contracts and classify them as reserved.

The Act includes prohibitions on hiring those who fail to comply with the quota to reserve jobs for people with disabilities and/or drawing up equality plans. It is established that the circum-

stances are appreciated and applied directly by the contracting body, which provides the necessary competence to exclude a company. The relevant issue is that the 71.1 d) article, establishes that compliance shall be accredited by means of a responsible declaration, which does not accredit only manifest. The issue is not trivial, because too many times the reservation fee is met only at the time of attending the tender.

In addition, as news, on the one hand, based on the literal wording of art. 145, establishes an open and comprehensive list, with specific topics and aspects that can be included among the award criteria. The most advantageous economic offer concept is surpassed by the best value for money. Whenever possible, preponderance will be given to objective criteria over subjective ones.

On the other hand, the LCSP leaves beyond any doubt the legality of incorporating special social execution conditions. Art. 202 presents an extensive list of topics, but not closed and as a novelty the obligation to indicate at least one special condition. This mandatory character is a magnificent tool to adopt social responsibility policies that benefit effectively, but it is essential to verify compliance. For this reason, the last phase of the procedure must be the control of compliance with social criteria and the Law has an important stumbling block to overcome, in the sense that it has been possible to be a socially committed contracting body throughout the procedure and instead not verify compliance with the incorporated social clauses. The problem is that the Law empowers, but does not require to establish sanctions.

However, all of the above, for several reasons, the LCSP has not innovated especially regarding to disability. On the one hand, it is a law so unambitious that it could or could not have been enacted, since the choice of the legal instrument of transposition is a faculty of each State, or at least to have used all the time of duration of the noncompliance to improve or extend this regulation, since it reproduces the 2014 Directive or continues the line of the previous regulation, proof of this are arts. 93, 126 and the eighteenth additional provision. In addition, its lack of ambition is evident by including among the possible special conditions of execution "to make effective the rights recognized in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities" when its legally binding application is beyond doubt.

The novelties and improvements of the Law cannot be denied, but many are optional and the others are subject to the control authority of the contracting authority. Therefore, it will be necessary to enforce compliance and guarantee of the principle of equality and non-discrimination, large doses of commitment from the Public Administration, effective control systems for companies, legal actions and active participation of the Third Sector.

KEY WORDS: Public procurement, social clauses, disability, inclusion.

SUMARIO

1. Ideas preliminares. 2. Aproximación al concepto de cláusula social y delimitación del objeto de estudio. 3. El impulso de la normativa internacional como motor de inclusión de las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la contratación pública. 3.1. Evolución y situación actual de la legislación internacional en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. 3.2. El Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública: las Directivas como instrumento para el desarrollo del mercado interior. 4. Las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Ideas preliminares

La relación entre Economía y Ética continúa siendo una cuestión controvertida, de ahí la ingente cantidad de información sobre dichas disciplinas. Sin entrar en definiciones doctrinales, preguntando a qué responden la Economía y la Ética, se puede contestar, de manera simplista, que la Economía se dedica a lo que es y la Ética a lo que debiera ser. Sin embargo, como establece Guzmán (2006:281-287) “en el ámbito económico y desde los tiempos de Sócrates, ningún pensador ha cuestionado unos principios básicos que vienen a constituir los criterios éticos fundamentales en el comportamiento económico:

- La Ética relacionada con los valores.
- Estos valores deben estar ampliamente asentados en la sociedad.
- El comportamiento económico debe buscar el interés individual.
- El comportamiento económico debe buscar simultáneamente el interés colectivo”.

Precisamente son los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político los que consagra nuestra Constitución Española (CE) en su art. 1.1 como fundamento de un Estado social y democrático de Derecho y añade el art. 10 de la citada norma “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y social”. No hay sociedad

perfecta, pero sí las herramientas o instrumentos para mejorar la existente, donde es factible el interés individual con el colectivo. En la búsqueda del interés, se encuentra el crecimiento de una sociedad que debe ser compatible con un medio ambiente sostenible y con una sociedad comprometida, especialmente hacia aquellos sectores más vulnerables.

El avance en estos objetivos, en palabras de Berzosa (2013: 21-45), “no es el resultado de comportamientos éticos, sino de luchas sociales y reivindicaciones que se materializan en la consecución de unos valores y un bienestar colectivo, aunque desigual. Una vez asentados ciertos derechos y valores sí que la ética sirve para reprobador su incumplimiento más allá de las leyes que penalicen determinadas actuaciones”.

Traducidas estas ideas al objeto general del trabajo, la contratación pública, considerando que no es un fin en sí misma, sino un medio al servicio de los poderes públicos para conseguir fines y valores fundamentales, entre los que no debe encontrarse el mejor precio sino la propuesta que consiga materializar el objeto del contrato junto con los valores de igualdad y justicia.

Los poderes públicos en el desarrollo de los principios rectores de la política social y económica han ido introduciendo medidas ambientales, sociales y éticas impulsadas desde la sociedad civil y específicamente desde el Tercer Sector, que se traducen concretamente en una contratación pública socialmente responsable, no siendo una cuestión de oportunidad sino de responsabilidad política. Cada vez resulta más imprescindible que la responsabilidad social pública esté integrada como herramienta estratégica para el desarrollo de la competitividad futura (Vallecillo Gámez y Gutiérrez González, 2016:15). No obstante, las modificaciones en nuestro Derecho interno sobre contratos públicos, se deben, sin duda, al impulso que con distinta intensidad provocan las Directivas de contratos de la Unión Europea (UE) y a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Las primeras Directivas, eminentemente de carácter económico, exigían la incorporación de reglas que aplicasen las libertades comunitarias y los principios de no discriminación, publicidad y concurrencia y a partir de las Directivas de 1992, se constata que la contratación pública es el medio para materializar otras políticas públicas, entre las que destaca la ambiental y social. Por tanto, como señala Mestre Delgado (2018, (a):90), “ya no existe sólo un interés público concretado en que la Administración respectiva obtenga las mejores prestaciones en las mejores condiciones posibles, sino que, además, este resultado debe obtenerse respetando los intereses, también dignos de protección pública, del mercado en

que actúan los empresarios. Y en particular mediante la utilización transversal de la contratación pública para canalizar otras políticas”.

Gallego Córcoles (2017, (a):94) afirma que “el Derecho europeo fomenta la utilización estratégica de la contratación pública y prueba de ello es la Estrategia Europa 2020 que afirma con rotundidad que “el año 2010 debe marcar un nuevo principio”. Un nuevo comienzo para el cual la Comisión propone para la UE cinco objetivos para el 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza y para conseguir estos objetivos reiteradamente señala a la contratación pública.

El Considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, plasma estos objetivos reconociendo: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“Estrategia Europa 2020”), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

La compra pública responsable es un avance en la manera de llevar a cabo la contratación pública. Además de los criterios básicos que deben presidir los procedimientos en la contratación pública: calidad/precio, imparcialidad, transparencia e igualdad, se incorporan los ambientales, sociales y éticos. Se progresa en el sentido de satisfacer las necesidades sin poner en riesgo la capacidad de desarrollo de generaciones venideras (contratación pública sostenible) más la utilización de la contratación pública como herramienta imprescindible para impulsar políticas públicas sociales y medioambientales. Si tenemos en cuenta que la contratación pública supone en torno al 20% del PIB¹, las Administraciones Públicas

1. Porcentaje que señala la Comisión Europea en la Comunicación (COM) (2015), 614 final, de 2 diciembre dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones: “Cerrar el Círculo: Un plan de acción de la UE para la Economía Circular”.

(AAPP) son el mayor empleador y consumidor del Estado. Su papel protagonista, le permite y le responsabiliza de la incorporación de los criterios sociales, éticos y ambientales para conseguir los objetivos de eficiencia económica y los objetivos sociales y ambientales. Además, compromete a las empresas contratadas o proveedores a la adopción de dichos objetivos e inspira a que lo hagan el resto de empresas. La contratación pública responsable² engloba la contratación ecológica, ética y social. Nos preguntamos, ¿cómo se consigue una Administración más eficiente, concienciada con el medio ambiente, la integración social, la igualdad entre mujeres y hombres, que procure un crecimiento económico sostenible, innovador y todo de manera transparente? En la actualidad, se ha consolidado el término “economía circular” que define la Estrategia Española de Economía Circular³, como aquella que a partir de un ciclo de desarrollo y transformación, avanza optimizando el uso de los recursos y fomentando la eficiencia de los sistemas productivos, contribuyendo a eliminar las externalidades negativas de la actividad económica, al mismo tiempo que se garantiza el crecimiento económico, un mayor bienestar de nuestras sociedades y la preservación y mejora del capital natural.

No obstante, este trabajo solo se refiere a las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del

2. Puede consultarse los siguientes documentos: GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M^a.T. & PACHE, M. (2019): La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 96, 253-280. DOI:10.7203/CIRIEC-E.96.12627, disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es/>; Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro futuro en Común” o *Informe Brundtland*, Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987, en el que se cita por primera vez, desarrollo sostenible; BURZACO SAMPER, M. (2016): “Contrataciones públicas socialmente responsables: La necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 281-310, disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es/>; BRUNETE DE LA LLAVE, M^a.T. (2010): *Guía práctica, criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*, Federación de Municipios y Provincias, Castilla la Mancha; CASARES MARCOS, A. (2013): “Comercio justo y fomento de la contratación pública sostenible”, *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 123 Sección Reflexiones, Enero-Febrero, (La Ley 19095/2012); CERMI. (2018): *Los aspectos sociales en la contratación pública*, Colección Inclusión y Diversidad, Núm.21; CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2016): Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía; FOY VALENCIA, P. (2011) “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde””, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 66.

3. Consultado en https://www.miteco.gob.es/images/es/180206economicircular_tcm30-440922.pdf

Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero (en adelante, LCSP) con el objetivo de determinar si su incorporación en los contratos públicos garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad de forma que la contratación pública pueda ser calificada como responsable socialmente.

La Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública define las Compras Socialmente Responsables en los términos siguientes, “se refieren a las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación⁴”.

2. Aproximación al concepto de cláusula social y delimitación del objeto de estudio

Son numerosas las manifestaciones en el texto constitucional dirigidas a refrendar la naturaleza social de nuestro Estado (art. 1.1). Entre ellas, el art. 9.2 concreta la función promocional de los poderes públicos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas para todos; el art. 14, la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna; el catálogo de derechos fundamentales recogidos en su Título I; el art. 35 que consagra el derecho y el deber de trabajar y los principios rectores de la política social y económica (arts.39-52). Tradicionalmente, a pesar de la capacidad de la Administración Pública, la contratación por obra o servicios se realizaba sin buscar otro fin que no fuese precisamente ese, es decir, la realización de la obra, la prestación del servicio o el cumplimiento del suministro. La Administración tenía un instrumento valioso (la contratación pública) que se convertía en un fin en sí mismo obviando cualquier otra finalidad. Entendiendo que el tenor literal del art. 40.1 CE, integra

4. Documento elaborado a partir del SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010. Consultado en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/KE3210584ESC.pdf>

la contratación administrativa en el conjunto de actuaciones de los poderes públicos para promover, mejorar y garantizar aspectos de la política social. En definitiva, se trata que la Administración Pública asuma sus responsabilidades sociales y para ello utilice las cláusulas sociales cuya definición ha sido recogida en numerosas publicaciones tanto a nivel autonómico⁵ como local, reproduciendo algunas de ellas.

- Informe 4/2001, de 23 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña *sobre cláusulas sociales* las entiende como “cualquier estipulación que obligue a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a realizar propiamente el objeto contractual y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general”. En igual sentido, se pronuncia la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía.
- Dictamen 1/2003 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, *sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública*, las define como “la inclusión de ciertos criterios o principios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión), como elemento de valoración (puntuación) o como obligación (exigencia en la ejecución).
- Decreto de 19 de enero de 2016, Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda⁶ “Aquellas establecidas en los procesos de contratación pública referentes a la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión social y/o personas con diversidad funcional, la promoción de la calidad y estabilidad en el empleo, la mejora de la capacitación profesional mediante la formación en el lugar de trabajo, el fomento de la igualdad efectiva entre

5. La mayoría de las Administraciones han venido, en los últimos años, aprobando normas tendentes a ampliar la contratación pública responsable. Algunos ejemplos: Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas en la Comunidad Autónoma de Cataluña; Ley Foral 6/2006, de 30 de julio, de contratos públicos de Navarra; Resolución 6/2008 de 2 de junio, del País Vasco; Ley 5/2009 de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública en el País Vasco; Acuerdo 44/2016 de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León o el Acuerdo con fecha 18 de octubre de la Comunidad Autónoma Andaluza.

6. Decreto por el que se aprueba la Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus Organismos Autónomos y entidades del sector público municipal.

mujeres y hombres, la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral o entre otros, la mejor accesibilidad de las personas con diversidad funcional”.

Por parte de la doctrina, Lesmes Zabalegui (2005:64) define la cláusula social como “la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)” o Molina Navarrete (2008:7) que entiende por cláusula social “toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral, como son la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial la igualdad de oportunidades”.

La vigente LCSP, tiene un reconocimiento expreso a las características sociales de los contratos en su art. 145.2 “La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

[...] Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al

suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato [...]”⁷. La utilización estratégica de la contratación pública se convierte en el principal eje en base al tenor literal del art. 1.3 LCSP, por ello la inclusión de criterios de adjudicación de carácter social en los apartados 2 y 6 del art. 145 LCSP es más exhaustiva que en la Directiva 2014/24/UE. El apartado 6º del citado art. coincide con el art. 67 de la Directiva, si bien añade la norma española, en su apartado a), una referencia a “formas de producción, prestación y comercialización medioambiental socialmente sostenibles y justas” y un amplio catálogo no cerrado de características ambientales y sociales a las que podrán referirse los criterios de adjudicación.

Sea cual fuere la definición que utilicemos, uno de los aspectos más relevantes en relación con las cláusulas sociales es el carácter obligatorio o potestativo en su aplicación por parte de los órganos de contratación. Sería conveniente que la incorporación de las cláusulas sociales tuviese siempre carácter obligatorio y por tanto fuesen vinculantes para las partes. Se refiere a ello Medina Arnaiz (2017:59-60) cuando reclama que “pasen a formar parte del contrato mediante su incorporación a los pliegos teniendo en cuenta que la LCSP establece que son obligaciones del contratista cumplir durante todo el periodo de ejecución contractual, las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación (art. 35.1.n); cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial aplicable (art. 122.2) y cumplir con las obligaciones que resulten de aplicación de la normativa y de los convenios colectivos en materia medioambiental, social y laboral (art. 120)”.

Por último, en relación al término cláusulas sociales, incidir que se utiliza con carácter genérico para referir que su utilización impulsa objetivos beneficiosos para toda la sociedad. La inclusión de cláusulas sociales fomenta la incorporación al empleo de personas con discapacidad y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, la calidad y estabilidad en el empleo, la protección del medio ambiente, la incorporación de principios de consumo ético, sostenible y responsable y la accesibilidad y el diseño para todos. La inclu-

7. El derogado art. 150 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, establecía los criterios de valoración de las proposiciones y de la oferta económica más ventajosa refiriéndose a las cláusulas sociales como las “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”.

sión de cláusulas sociales no constituye un incremento de costes para la Administración Pública y en cambio implica un aumento de beneficios para todos los actores implicados. En consecuencia, podemos afirmar que la rentabilidad social es compatible con la rentabilidad económica. Se avanza en políticas de inserción social, se transforman las políticas asistenciales y proteccionistas en productivas y dinámicas y se crea un entramado de corresponsabilidad entre las Administraciones Públicas, los agentes sociales, empresas privadas, empresas de Economía Social y Empresas de Inserción. Además, implantar cláusulas sociales no supone vulnerar el principio de libre competencia. Cuestión esencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 que concretó en “la Administración Pública no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público”, idea reforzada con distintos pronunciamientos del TJUE⁸.

La Administración Pública consciente del mandato constitucional que tiene encomendado, del enorme potencial social y de la compatibilidad con el crecimiento económico que ofrece la compra pública, reconduce, impulsada por las reivindicaciones sociales, la naturaleza de la contratación pública, dejando de ser exclusivamente un fin para convertirse en un medio o instrumento cuyo objetivo es conseguir objetivos sociales de modo transversal en el conjunto de intervenciones políticas del sector público. La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, entendidas de forma general, permite con máximo respeto a los principios que deben regir su procedimiento, el crecimiento de una sociedad responsable social, ambiental y éticamente en consonancia con un Estado que propugna como valores superiores de su Ordenamiento Jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Finalmente, reiterar que las cláusulas sociales a las que alude el trabajo y que se tratan en el último epígrafe, son las disposiciones que pueden ser incluidas en los contratos con el objetivo de contrarrestar las desventajas reales de las personas con discapacidad en el ámbito sociolaboral y garantizar la igualdad de trato y no discriminación.

8. SS.TJUE, de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*, en sus Cons. 55, 59 y 64; y de 10 de mayo de 2012, en el asunto C-368/10, relativa a las máquinas expendedoras de café, en las que los productos con las etiquetas EKO y MAX HAVELAAR tendrían una determinada puntuación, Cons. 89 a 92).

3. El impulso de la normativa internacional como motor de inclusión de las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la contratación pública

3.1. Evolución y situación actual de la legislación internacional en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación

a) Los tratados internacionales sobre derechos humanos bajo los auspicios de Naciones Unidas. Especial referencia a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Los derechos humanos son inherentes a la persona sin distinción alguna. Principio de no discriminación que se complementa con el de igualdad configurándose como un pilar fundamental en el Derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados asumen en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos las obligaciones de respetarlos, protegerlos y realizarlos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es el gran tratado internacional donde se enuncian los derechos humanos y posteriormente se desarrollarán en todo un cuerpo de tratados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990) y un largo etc. No obstante, todas estas Declaraciones si bien protegían a las personas con discapacidad, pues desarrollaban los principios en los que se asientan los derechos humanos, no referenciaban explícita ni específicamente a este vulnerable colectivo. La situación comienza a cambiar a partir de las Declaraciones de la Asamblea General, años 70, donde se esboza de forma primigenia que el enfoque sobre la discapacidad debe ser el de los derechos humanos. Y en este sentido, señalar la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁹ y la Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁰, ambas

9. A/RES/2856(XXVI), de 20 de diciembre.

10. A/RES/3447(XXX), de 9 de diciembre.

Declaraciones deben interpretarse en relación al momento en el que se promulgan y aplican pues, en la actualidad, no pueden unirse los términos retrasado mental o impedido con derechos, constituye una vulneración a la dignidad de las personas a través del lenguaje.

La Asamblea General de la ONU aprobó en 1982 el Programa de Acción Mundial para los Impedidos¹¹, marcando como objetivos, la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades¹² convirtiéndose en el punto de partida de las sucesivas declaraciones en materia de discriminación e igualdad de oportunidades, afirmando que la igualdad de oportunidades exigía a los Estados la elaboración de normas que protegiesen los derechos de las personas con discapacidad. En 1993, la Declaración sobre las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹³ provoca un cambio fundamental, a la perspectiva tradicional de la prevención y la rehabilitación de las personas con discapacidad se unía la perspectiva de los derechos. La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción adoptados en la Cumbre Mundial de Desarrollo Social¹⁴ específicamente planteó la necesidad de ampliar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad. El incremento se consigue acabando con la discriminación y adoptando todas las medidas y ajustes necesarios en el lugar de trabajo.

El gran logro, sin lugar dudas, en materia de discapacidad, lo representa la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo¹⁵ (CDPD) pues ha supuesto un cambio de escenario

11. Documento A/37/51, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 51.

12. En su párrafo 12 define la equiparación de oportunidades como “El proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos”.

13. A/RES/48/96 de 20 de diciembre.

14. A/CONF.166/9, de 19 de abril de 1995.

15. A/RES/761/106, de 13 de diciembre. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008(BOE núm.96 págs. 20648-20659), y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 CE, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge. Se promulga la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, págs. 87478-87494).

favorable para las personas con discapacidad. No cabe discusión sobre que la Convención, primer tratado internacional sobre derechos humanos del siglo XXI, forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico interno por mandato constitucional y como fuente del Derecho. Por consiguiente, los Estados Parte deben proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar las personas discapacitadas para ejercer en igualdad de condiciones su capacidad jurídica, respetando su voluntad y preferencias, adaptando el tipo y la intensidad del apoyo a la diversidad y desterrando el sistema de sustitución en la toma de decisiones. La CDPD reconoce la misma capacidad jurídica¹⁶ para todos, por tanto, todos somos titulares de derechos y obligaciones y para todos debe ser real y efectivo el ejercicio de los mismos. La Convención define conceptos (art. 2: discriminación por razón de discapacidad, ajustes razonables, diseño universal), plasma principios (art. 3: dignidad, no discriminación, igualdad de oportunidades, accesibilidad), obliga a los Estados a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (art. 4) y el art. 5 concreta los principios de igualdad y no discriminación, reconociendo que todas las personas son iguales ante la ley, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de discapacidad, garantizando protección ante cualquier tipo de discriminación, asegurando los ajustes razonables y atendiendo al carácter no discriminatorio de las medidas positivas tendentes a lograr la igualdad de hecho.

b) El principio de no discriminación en la Unión Europea

El principio de no discriminación constituye un principio básico para conseguir la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad. Los textos originarios de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas no recogían ninguna disposición sobre derechos humanos pues los objetivos de la recién creada organización regional se dirigían a una integración claramente económica. A partir de los años 70, el TJCE se convierte en el protagonista de un sistema de

16. CRPD/C/11/4, de 25 de noviembre de 2013, “Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la Ley”.

protección de los derechos humanos¹⁷. A partir del Tratado de Maastricht¹⁸ se produjo una tímida formalización de la cuestión de los derechos humanos sin referencia alguna a las personas con discapacidad. Será con el Tratado de Ámsterdam¹⁹ cuando de forma expresa se precise que “los Estados miembros prestarán especial atención a las dificultades que puedan experimentar las personas minusválidas para incorporarse a la vida activa”. La incorporación de este art. 13 permitía a la Comunidad adoptar medidas para luchar y evitar la discriminación en todas sus formas y propició la adopción de un paquete de Directivas entre las que destacamos la 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El vigente Tratado de Lisboa²⁰ positiviza el principio de no discriminación, configurándolo como valor fundamental de la Unión y de las sociedades de los Estados miembros (art.2 TUE) mediante, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico igual al de los Tratados

17. El TJ construye su jurisprudencia en materia de derechos humanos a partir de tres sentencias clave. Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69; sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internacional Handelsgesellschaft*, 17/70 y sentencia de 14 de mayo de 1970, *Nold*, 4/73. Así, el TJ protege a los derechos humanos sobre un triple fundamento: 1º- “Los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho Comunitario (Sentencia *Stauder*)”. Con ello el TJCE afirmó que los principios generales del Derecho Comunitario constituyen el elemento de sustanciación normativa de los derechos y libertades fundamentales en el orden jurídico comunitario; 2º- Con la Sentencia *Internacional Handelsgesellschaft*, añadió que “la protección de los derechos fundamentales está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros” y, por tanto, consolidó estos principios constitucionales comunes como fuente de inspiración. 3º- La progresión cuantitativa y cualitativa en la utilización de los instrumentos jurídico-internacionales de los que son parte los Estados miembros, especialmente del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como elemento de referencia. Efectivamente, en la Sentencia *Nold*, el TJCE afirmó que “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario”. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2010): “Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea”, en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6ª edic. pág. 122.

18. Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en vigor el 1 de noviembre de 1993.

19. Tratado de Ámsterdam, adoptado 2 de octubre de 1997, en vigor el 1 mayo de 1999. Modifica y reenumera los Tratados de la CE y UE.

20. Tratado de Lisboa adoptado el 13 de diciembre de 2007, modifica el TUE y crea un nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Cambia la denominación CE por UE y dota a la organización internacional de personalidad jurídica propia. Su entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009.

Constitutivos, sin entrar en la controversia de si se incorpora por referencia o simplemente no se incorpora sino que lo que hay es una aceptación de obligaciones por referencia. Sea como fuere, es innegable el valor jurídico de la Carta y su expresa declaración de no discriminación por razón de discapacidad recogida en el art. 21 y art. 26 dedicado a la integración de las personas discapacitadas. En segundo lugar, la necesidad de incluir como objetivo primordial el respeto por los derechos humanos, con mandato explícito de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6 TUE) y por último, desde el 22 de enero de 2011, la CDPD es un texto jurídico que debe aplicar la UE, siendo la primera organización regional que ratifica un convenio sobre derechos humanos bajo los auspicios de la ONU²¹.

La UE presenta en base al art. 35 CDPD un Informe inicial al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el día 5 de junio de 2014, con la finalidad de que éste realizase las sugerencias y recomendaciones que estimase necesarias con respecto al nivel de cumplimiento de las obligaciones recogidas en la CDPD. El Comité distingue los aspectos positivos de la ratificación de la CDPD por parte de la UE (la UE de forma explícita recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y la igualdad de participación de las personas con discapacidad y en consecuencia, por y para ello, la tendencia positiva de incluir por parte de la UE los derechos de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de actuación de la organización internacional). Por otro lado, la UE debería ratificar el Protocolo Facultativo de CDPD, realizar una revisión transversal de su legislación para armonizarla con las disposiciones de la Convención, favorecer la participación activa de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y las instituciones independientes de derechos humanos. Adoptar una estrategia en la aplicación de la Convención que incluya plazos, presupuesto y mecanismos de control. El Comité recomienda adoptar normativa que de manera expresa prohíba la discriminación por razón de discapacidad y, por consiguiente, se armonice la igualdad de trato y la realización de ajustes razonables.

21. La entrada en vigor se produce con una reserva al art. 27.1. CDPD. En aplicación de una Directiva del año 2000 los Estados miembros tiene derecho a excluir la no discriminación por motivos de discapacidad con respecto al empleo en las fuerzas armadas.

3.2. El Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública: las Directivas como instrumento para el desarrollo del mercado interior

La adhesión de España a las Comunidades Europeas²² en 1986 provoca la cesión de competencias soberanas para alcanzar objetivos comunes de la Unión²³. El Derecho de un Estado no es la suma de normas individualizadas sino la noción de Ordenamiento Jurídico²⁴. Ordenamiento donde tienen cabida las normas supranacionales, regionales, estatales, comunitarias y locales, en base al principio de jerarquía o competencia y siempre con el máximo respeto, en el caso del Estado español, a la CE.

El procedimiento de introducción de las normas del Derecho internacional en el Derecho de un Estado está sujeto a la normativa jurídica interna. El art. 96 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados y una vez publicados en el BOE se integran en el OJ interno, constituyendo fuente del Derecho (art. 1.5CC). En base a esta previsión, podríamos determinar que la recepción del acervo comunitario se produce con el acto formal interno de la publicación al igual que cualquier tratado internacional. Sin embargo, el OJ de la Unión Europea se integra inmediatamente en el OJ de cada Estado miembro, una vez que se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). No obstante, el efecto directo, al que nos referimos, reza para el Derecho originario y para los Reglamentos y Decisiones (los primeros de alcance general y los segundos con posibilidad de designar destinatarios) pero no para las Directivas. Este instrumento jurídico, utilizado fundamentalmente para armonizar el OJ de los Estados miembros y que adquiere un papel predominante en el tema que nos ocupa, tiene como destinatarios los Estados, pero necesita de un acto de transposición para su aplicabilidad, siendo la elección del instrumento de transposición discrecional para cada Estado. Por tanto, la Unión obliga en cuanto al resul-

22. Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, BOE Núm.1 (1 de enero 1986).

23. Art.1 Tratado de la Unión Europea (TUE).

24. En la Sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62), el TJCE afirma que el sistema comunitario es un Ordenamiento Jurídico cuando establece que en los Tratados constitutivos de las CCEE había algo más que un mero agregado de normas, MANGAS MARTÍN, A. y LINÁN NOGUERAS, D.J. (2010): "El sistema de normas y actos en la Unión Europea I", en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6ª Edic. pág. 324.

tado, pero no en relación a los medios y forma utilizados para conseguirlo (art. 288TFUE). El problema surge cuando la Directiva no se transpone en el plazo establecido o se realiza de forma incompleta o incorrecta. Supuesto que ha ocurrido con la mayoría de las Directivas sobre contratación pública que analizaremos a continuación. En este caso, hay un claro incumplimiento del Estado que puede ser sancionado, sin embargo, la sanción provocaría el efecto no deseado, la inaplicabilidad de las Directivas, con una consecuente lesión en los derechos de los particulares. El TJUE ha ido formulando lo que se denomina *efecto útil* de la Directiva (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2010:353) (invocar el efecto directo pero limitado a una manera vertical y ascendente²⁵). Este efecto protege al particular frente a su Estado incumplidor. Por consiguiente, la regla general es el no efecto directo de la Directiva aunque pueda invocarse con ciertos requisitos²⁶.

Como establecen Muñoz, Mestre y Álvarez (2000), la contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho administrativo de la Unión Europea ha llegado más lejos. En el Derecho europeo de la contratación pública, formado tanto por el Derecho originario como el derivado, juegan un papel principal en su desarrollo las Directivas y su interpretación por la jurisprudencia del TJUE. Las instituciones de la UE tienen como objetivo principal la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario (Moreno Molina y Pintos Santiago, 2015), basado en los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento, proporcio-

25. Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, pág. 1642 “en todos los casos en que las disposiciones de una directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocada contra cualquier disposición nacional conforme a la directiva o, en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar, frente al Estado”. Puede consultarse, el Documento de Trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 1 de marzo de 2016; Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, BOE Núm. 66, 17 de marzo de 2016, págs. 20456-20474.

26. Otra cuestión sería preguntarnos cuál es el valor de las Directivas ya vigentes, pero aún no transpuestas al OJ interno por no haber transcurrido el plazo. Para ello, puede consultarse GIMENO FELIU, J.M., “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, disponible en <http://www.obcp.es>

nalidad y transparencia²⁷ entre otros y solo es posible a través de la incorporación de cláusulas sociales a los contratos públicos.

El punto de partida de la contratación pública en el ámbito comunitario se puede fechar a partir de las Directivas, 71/304/CEE; 71/305/CEE y 77/62/CEE del Consejo, que introducen un mínimo de normas comunes para coordinar los procedimientos nacionales de formalización de contratos públicos.

La segunda generación de Directivas data de los años 90 y se basan en la necesidad de coordinar los procedimientos de adjudicación de los distintos contratos públicos. Entre ellas, la 90/531 sobre contratos en el ámbito de sectores que habían quedado excluidos (agua, transportes, telecomunicaciones y energía), la 92/50 relativa a los contratos de servicios, la Directiva 93/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, la Directiva 93/37/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, así como la 92/13 y la 89/665, Directivas de recursos que pretendían garantizar, a nivel nacional, vías rápidas y eficaces de resolución de recursos en materia de contratación. El aluvión de normativa condujo al Consejo a aprobar en 1993 unos textos refundidos de las Directivas con sus modificaciones sobre contratos de suministros, contratos de obras y contratos en sectores especiales, se trata de las Directivas 93/36, 93/37 y la 93/38/CEE de 14 de junio, respectivamente.

La adopción del Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, constituye el vehículo por el cual la Comisión afirma que una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos de forma que genere crecimiento sostenido a largo plazo, cree empleo, favorezca el desarrollo de empresas y afronte eficazmente la competitividad en los mercados globales así como permita al contribuyente y los usuarios obtener servicios públicos de mejor calidad a menor costo. Dedicó el epígrafe V a la Contratación pública y aspectos sociales²⁸. Destacando en el primer punto que la política social de la Unión Europea contribuye a la inserción social de las personas con minusvalías y otras categorías desfavorecidas. Para conseguir dicho objetivo los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de

27. Cons.1, Directiva 2014/24/UE.

28. Apts. 5.38 a 5.44.

adjudicación de sus contratos²⁹ y en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de obligaciones de carácter social, encaminadas a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de categorías desfavorecidas³⁰. A pesar de todo, la propia Comisión era consciente³¹ de las posibilidades que ofrecía la contratación pública como instrumento de las distintas políticas y de la insuficiente utilización de la misma. Por ello, en 2001, presenta la “Comunicación interpretativa sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”. Teniendo en cuenta que las posibilidades varían según los tipos de contratos y que la incorporación de las cláusulas sociales no podía provocar, en ningún caso, vulneración de los derechos a la libre circulación, señalaba la opción de incluirlas en el momento de elección del objeto del contrato, en la selección de los candidatos, con la posibilidad de excluir a los licitadores por incumplimiento de la legislación social, para la determinación de la oferta económica más ventajosa y en las condiciones de ejecución del contrato. Asimismo, determinaba la Comisión que “podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos a favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados”.

La tercera generación de Directivas se inicia con la promulgación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Directiva sobre sectores clásicos) y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales (Directiva sobre sectores especiales) ambas del 31 de marzo del 2004. Trataron de mejorar la experiencia adquirida de sus predecesoras y señalaron la importancia de incorporar las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación

29. Apt. 5.39.

30. Apt. 5.42.

31. Apt. 5.44 “En este contexto, se plantea ante todo la cuestión de si es necesario aclarar, por medio de una comunicación interpretativa, las posibilidades que el derecho de la contratación pública ofrece a las diversas categorías afectadas para realizar los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Asimismo, es necesario determinar si estas posibilidades son suficientes para responder a las necesidades, o si serán necesarias otras medidas para garantizar la consecución de estos objetivos en la aplicación de las normas comunitarias sobre los contratos públicos, al tiempo que se salvaguarda una competencia leal”.

pública (Mestre Delgado, 2018, (b):38). Además, como apunta Ortiz Vidad (2017:39), “ambos instrumentos legales no encajaban en el contexto de crisis económica en la que se vio sumergida la Unión Europea, siendo necesaria una redefinición de las políticas públicas”. Por ello, un nuevo impulso a la contratación pública mediante la Estrategia Europea 2020³² que apuesta por una economía social de mercado basada en un crecimiento inteligente, un crecimiento sostenible y un crecimiento integrador y, junto a el Libro Verde “Sobre la modernización de la política de contratación de la Unión Europa-Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”³³, son la antesala a las actuales Directivas del 2014³⁴ (Cuarta generación de Directivas).

En resumen, estas Directivas constituyen el marco jurídico principal sobre la contratación pública en la Unión Europea, con el objetivo de conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que garantice un uso más eficiente de los fondos públicos, armonizando las legislaciones de los Estados miembros. Los criterios generales en torno a los cuales se construye la regulación son, por un lado, la utilización eficiente de los recursos públicos, y por otro lado la modernización de reglas vigentes, referidas en particular a las pequeñas y medianas empresas, a los objetivos sociales, a los derechos de las personas con discapacidad, así como a la tarea de aclarar determinados conceptos, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y de incorporar la jurisprudencia (Mestre Delgado, 2018 (b):39).

4. Las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, como hemos señalado, responde a un proceso de evolución que tiene su origen en el desarrollo

32. Comunicación de la Comisión COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010 “Europa 2020: una estrategia por un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

33. COM (2011), 15 Final, 27 de enero de 2011.

34. Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE 28 de marzo de 2014 (L 94/1). Directiva 2014/24 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. DOUE 28 de marzo 2014 (L 94/65); Directiva 2014/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. DOUE 28 de marzo de 2014 (L 94/243).

de los derechos humanos. La normativa a nivel supranacional y regional protege a los derechos humanos e implícitamente a las personas con discapacidad, aunque es la CDPD la que proporciona el marco jurídico apropiado y vinculante por y para las personas con discapacidad. Asimismo, la UE transforma sus objetivos y adecua sus políticas con la finalidad de convertir a la UE en garante de los derechos humanos. Prueba de ello, es la utilización de las Directivas como instrumento adecuado de armonización que juegan un papel principal en el desarrollo de la contratación pública como poderoso instrumento para conseguir objetivos sociales, ambientales e innovadores. En este sentido, la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público transpone, mediante 347 artículos, 52 disposiciones finales, 5 transitorias, 1 disposición derogatoria y 11 finales, junto con un preámbulo y cinco anexos, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero. Pero ¿era necesario un texto normativo nuevo? y ¿en qué medida influye la LCSP al Derecho de la Discapacidad? (De Lorenzo García, 2017)

El preámbulo de la LCSP justifica la promulgación de la Ley en la necesidad de transponer las Directivas³⁵; afortunadamente argumenta otras razones, en las que destaca el papel clave de la contratación pública para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que garantiza la eficiencia del gasto público, en la necesidad de lograr una mayor transparencia en la contratación pública y una mejor relación calidad-precio.

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública³⁶ no es una novedad de la LCSP pues ya estaba presente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en su art. 20 d) y en la Disposición 18^a; en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público al permitir a los órganos de contratación el establecimiento de condiciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (art. 102); en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del

35. Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de febrero de 2014.

36. El Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad ha promulgado la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE 25 de mayo de 2019, Núm.125, Sección III, págs. 55960-55970.

Sector Público aprobado por RDL 3/2011 que sustituyó a la Ley 30/2007, que introdujo las consideraciones sociales y ambientales bien como condiciones especiales de ejecución o como criterios para valorar las ofertas, (arts. 118; 150.1 y en la disposición adicional 4ª y en la 5ª). No obstante, la LCSP asume el deber de incorporar en toda contratación pública de manera transversal y preceptiva criterios sociales (art. 1.3), constituyendo una novedad con respecto a la anterior normativa (RDL 3/2011) y muy interesante en tanto en cuanto:

- a) Obliga a la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en relación al objeto del contrato.
- b) Modifica el criterio de elección de licitadores. Tradicionalmente la mejor oferta era la de menor precio, ahora la relación es calidad/precio y no puede haber calidad sin inclusión de cláusulas sociales.
- c) Incorpora los criterios sociales como garantía de una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.
- d) Facilita el acceso a las pymes, a los Centros Especiales de Empleo (CEE), a las Empresas de Inserción (EEII) y a las Empresas de Economía Social (EES).

Esta disposición se refuerza por el art. 28.2 LCSP al disponer que las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública. Además, deben favorecer la agilización de trámites, valorar la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promover la participación de la pequeña y mediana empresa, así como el acceso sin coste a la información.

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que las consideraciones de tipo social podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio o como condiciones especiales de ejecución. Su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato y en particular, en el supuesto de las condiciones especiales de ejecución, la LCSP impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se encuentran en el art. 202.

Por otro lado, sería necesario antes de su inclusión valorar el objetivo a perseguir y elegir el medio idóneo, pues como demuestra Gallego Córcoles (2017, (b):81-111) su utilización inadecuada no solo compromete la realización del

objetivo secundario perseguido, sino también la realización de los principios de eficiencia en el gasto público y de igualdad, transparencia y proporcionalidad.

Finalmente, la efectividad del art. 1.3 exige que se realice el control del cumplimiento efectivo de la cláusula social durante la fase de ejecución, pues no tiene sentido que lo exigido por el poder público u ofertado por el licitador quede a la suerte del adjudicatario.

En este sentido, la LCSP manifiesta el deber de incorporar criterios sociales y para ello reproduce, modifica o incorpora preceptos que merecen una mención especial, bien por su meritorio contenido o por su contenido mejorable.

Por ello, el análisis de las principales aportaciones de la LCSP, desde su dimensión social e inclusiva, se ha realizado mediante una serie de puntos que, de practicarse por la AP o entidad del sector público, sujeta al marco normativo de la Ley, plasmaría el convencimiento y apoyo a la contratación pública socialmente responsable hacia las personas con discapacidad. En base a ello, se plantean trece acciones o ejercicios a efectuar.

1º. *Realizar un análisis y preparar los contratos de manera responsable*, especialmente los considerados estratégicos o especialmente aptos para la inclusión de aspectos sociales mediante la planificación anticipada, las consultas preliminares y la descripción del objeto. La LCSP con carácter previo a la redacción de los pliegos y la incorporación de las cláusulas indica una serie de pautas que van a permitir que la selección de los criterios y cláusulas sean los idóneos a las características del contrato. Para preparar de manera responsable los contratos se debe de planificar la contratación pública del ejercicio y dar a conocer de forma anticipada un plan de contratación pública que al menos deberá recoger aquellos contratos sujetos a regulación armonizada (art. 28 y art. 134 LCSP). Esta posibilidad de planificar y anticipar qué contratos públicos se licitarán permitirá incorporar todos los aspectos sociales que promuevan una contratación pública responsable. La inclusión de criterios sociales adecuados a las características del contrato es una labor que requiere tiempo. El problema principal, es que la planificación y la anticipación no suelen estar presentes en la agenda de las AAPP.

Además, una de las innovaciones destacables de la Ley es la posibilidad de realizar consultas preliminares³⁷ del mercado por el poder adjudicador (art. 115

37. Para un estudio pormenorizado sobre las consultas preliminares puede consultarse: LÓPEZ DONAIRE, M^aB. (2018): “Preparación del contrato” en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 401-426.

LCSP, art. 40 2014/24/UE). Esta previsión permite avanzar en los cambios sociales donde juegan un papel predominante los movimientos asociativos. La consulta preliminar va a permitir que posteriormente se prepare correctamente la licitación, se ejecute el objeto del contrato y se consigan otros propósitos. Por ejemplo, si el objeto del contrato es renovar los contenedores de reciclaje y que estos sean accesibles, lo más adecuado sería dirigir consultas a las asociaciones de personas con discapacidad con el objetivo de conocer sus necesidades y de este modo fomentar la participación plena e inclusiva en la sociedad, haciendo plenamente aplicable el lema “Nada de nosotros/as sin nosotros/as”.

Por tanto, si con antelación sabemos la realidad de las cosas tendremos un elemento de juicio de utilidad para determinar los caracteres del contrato (Mestre Delgado, 2018, (b):48).

Cuando el órgano de contratación haga uso de esta posibilidad de consultas deberá reflejarlo en un informe detallado y con carácter general tener en cuenta el resultado de las mismas. En caso contrario, su decisión deberá estar motivada (art. 115.3 LCSP).

Y, por último, la obligación de incluir cláusulas sociales está supeditada a la exigencia de vinculación con el objeto del contrato³⁸. Para no limitar las posibilidades que brinda la inclusión de las cláusulas sociales, (art. 1.3 LCSP [...] proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos), se debe describir el objeto del contrato con criterios sociales. El sentido del art. 99 LCSP, “el objeto del contrato debe estar determinado y se podrá definir en atención a las necesidades y funcionalidades concretas que se pretendan satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única”. Además, el art. indica “se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales, ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras y servicios”.

Por un lado, refleja la imperatividad con “se definirán” y por otro, solo en ciertos casos “en los que se estime que se puede”. De hecho, la derogada Ley de Contratos del Sector Público (2011) exigía que los criterios de adjudicación estuviesen directamente vinculados al objeto del contrato. La interpretación de direc-

38. La vinculación al objeto del contrato es una cuestión, por su importancia, reiterada a lo largo de todo el articulado: art. 1.3 (objeto y finalidad); art. 126.2 (prescripciones técnicas); art. 127 (etiquetas); art. 142.1 (admisibilidad de variantes); art. 145 (criterios de adjudicación); art. 147.1 (criterios de desempate) y art. 202.1 (condiciones especiales de contratación).

tamente vinculados restringía en gran medida la posibilidad de incluir cláusulas sociales. La LCSP incorpora de forma literal el texto de la Directiva 2014/24, a través del art. 145.6 definiendo cuándo un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato³⁹. Definir el objeto del contrato añadiendo la temática social que se va a incorporar manifiesta el compromiso de la Administración Pública y aporta transparencia al procedimiento⁴⁰.

2º. *Justificar y definir en el expediente las necesidades sociales a satisfacer* (art. 1. Objeto y finalidad, y art. 28 Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación). Así, se realizará una declaración expresa a favor de una contratación pública responsable y se proporciona a los procedimientos de licitación coherencia con las cláusulas sociales que se van a incorporar⁴¹.

3º. *En la medida de lo posible se ha de utilizar el contrato menor y/o las invitaciones para solicitar ofertas a entidades sin ánimo de lucro, de economía social y a empresas socialmente responsables*. En los contratos menores (art. 118), la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan”. Las características de estos contratos van a permitir un amplio margen de maniobra para seleccionar a la

39. Art. 145.6 LCSP: Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

40. Ejemplo: Carátula del pliego que ha de regir en el contrato administrativo especial de prestación del servicio de bar cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. Número de expediente 2016/000037. Disponible en: <https://www.ucm.es/file/contratos/768/1983>

41. Universidad de Córdoba, Servicio de Contratación y Patrimonio, Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Expediente núm 2012/000009) Objeto del contrato: “La finalidad de este contrato se enmarca dentro de la política de fomento de empleo que debe aportar la Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el art. 40.1 CE. Es por tanto manifiesta su voluntad de utilizar esta contratación pública con el propósito de apoyar los procesos de inserción sociolaboral de las personas con mayores dificultades de acceso al mercado laboral por encontrarse en situación o riesgo de exclusión social. Disponible en: <https://www.uco.es/gestion/contratacion/sostenibilidad-en-contratacion-publica>

empresa. Además, es posible cursar invitaciones para participar a las empresas en diversos procedimientos, como la subasta electrónica (art. 143.6 LCSP), el procedimiento restringido (art. 163 LCSP) o el procedimiento negociado (art. 169.6 LCSP).

4º. *Analizar la idoneidad del contrato y su sector de actividad* con la finalidad de ser calificada la licitación como reservada para CEE y EEII (DA 4ª LCSP) o para empresas y entidades de Economía Social (DA 48ª LCSP). Es de suma importancia analizar si el contrato puede ser calificado como reservado, pues están destinados solo para este tipo de empresas. Para ello se debe comparar el objeto del contrato y el sector de actividad, con los servicios y productos que ofertan los CEE, las EEII y las empresas de Economía Social⁴². Para conocer estos centros y empresas se puede consultar los Directorios disponibles en la web y la Confederación Empresarial Española de Economía Social (CEPES).

5º. *Incorporar los siguientes aspectos administrativos relacionados con una contratación pública responsable*. Señalar la información pertinente sobre subrogación del personal y en su caso, se deberá señalar expresamente la obligación de subrogar al personal de CEE y EEII. La LCSP busca mediante la contratación pública generar empleo digno⁴³. En base al art. 130 apartado 1 y 2 LCSP, cuando exista la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse como empleador deberá prestar toda la información pertinente sobre dicha subrogación (por ejemplo, los listados de personal objeto de subrogación, el convenio colectivo aplicable, tipo de contrato, jornada, salario, etc.) y expresamente dispone que “la empresa adjudicataria vendrá en todo caso obligada a subrogarse como empleadora de todas las personas con discapacidad, cuando la empresa que viniese efectuando la prestación fuera un CEE”. Reducir las cargas administrativas y los obstáculos para

42. Las Administraciones Públicas van asumiendo la necesidad y comprobando los beneficios de la planificación de reservas sociales, un magnífico ejemplo es la Comunidad de Aragón. Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por el que se da publicidad al Acuerdo de 28 de Marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su apartado IV requiere a todos los poderes adjudicadores la remisión del listado de contratos que tienen previsto reservar a favor de centros especiales de empleo y empresas de inserción social.

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1165/recategoria.118/reلمenu.2/chk.593cfcb4b548d219c06d5c7d3a9517cf>

43. En relación a los aspectos laborales, puede consultarse en la LCSP los arts: 100.2 (presupuesto base de licitación; art. 130.5 (información sobre las condiciones de subrogación de los contratos de trabajo y la DA 51ª (pagos directos a los contratistas).

participar en las licitaciones. La LCSP, en consonancia con las Directivas que transpone, reduce la burocracia y las exigencias para poder participar con la finalidad de facilitar el acceso a la contratación pública de las pymes, empresas locales y empresas responsables. Así, se requerirá en la fase de licitación el documento europeo único de contratación (art. 140.1.a LCSP). Este documento es una declaración responsable sobre la situación financiera, las capacidades y la idoneidad de las empresas para poder concurrir en un procedimiento de contratación pública. Se han reducido las exigencias de participación relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional⁴⁴ y la carga de las garantías para tomar parte en las licitaciones⁴⁵. El acceso de las pymes, de los Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción y empresas de Economía Social se facilita mediante la división en lotes de los contratos susceptible de fraccionamiento. La división se realizará siempre que sea posible, en caso contrario, se justificará en el expediente. La división en lotes del contrato permite la entrada de más licitadores y que pueda utilizarse en un mayor número los contratos reservados (art. 99 y DA 4ª LCSP)⁴⁶.

6º. *Incorporación expresa de las prohibiciones de contratar.* El art. 71.1 LCSP recoge, en un claro paralelismo al art. 60 del derogado RDLeg. 3/2011 y como establece el art. 57.4 de la Directiva 2014/24 las prohibiciones de contratar, entendiendo que trata evitar que el incumplimiento de la normativa de ámbito laboral, tributario o de seguridad social sea una ventaja para el sujeto incumplidor. Se prohíbe contratar a empresas de 50 o más trabajadores, que no cumplan el requisito de al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del RD Leg.1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las

44. Puede consultarse en la LCSP los arts. siguientes: art. 69 Uniones de empresarios, art. 75 Integración de la solvencia con medios externos, art. 77 Exigencias y efectos de la clasificación, art. 76 Concreción de las condiciones de solvencia, art. 87 Acreditación de la solvencia económica y financiera y art. 90 Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. Cuyo contenido puede resumirse en: No es exigible la clasificación empresarial para los contratos de servicios, opera la solvencia que debe ser razonable, justificada y proporcional y no limitar la participación de las empresas en la licitación. No se establece un mínimo de solvencia técnica y profesional, pero si solvencia económica. Es posible concurrir como una unión de empresas temporal y elevar a escritura pública y por tanto formalizar el acuerdo una vez que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

45. Art.106.1, art.107.1 DA 4ª.3 LCSP.

46. Ejemplo de lote reservado a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, BOE Núm. 280 de 19 de noviembre de 2016, pág. 72151.

Personas con Discapacidad y de su inclusión social o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres⁴⁷. Es vital incidir y reivindicar la necesidad de más medidas protectoras para niñas y mujeres con discapacidad pues este colectivo sufre múltiple discriminación al reunir dos de las condiciones más discriminatorias en la actualidad, su condición de mujer y su condición de persona con discapacidad.

La acreditación del cumplimiento de la cuota, así como, si fuese el caso, tener en plantilla a trabajadores fijos con discapacidad se hará constar en una declaración responsable conforme al art. 140 LCSP. La Ley no menciona la posibilidad de adoptar con carácter excepcional las medidas alternativas previstas en el art. 2 RD 364/2005, de 8 de abril⁴⁸ en lugar de la cuota de reserva. Este silencio puede provocar inseguridad jurídica o proporcionar un plus de compromiso hacia la discapacidad. Por consiguiente, con pleno apoyo a esta última interpretación, se puede deducir que la obligación es cumplir y acreditar la cuota de reserva sin posibilidad de justificar la excepcionalidad. El cálculo de la cuota del 2% se debe realizar conforme a la disposición adicional 1ª del Real Decreto 364/2005 y tener en cuenta la Consulta de 1 de julio de 2009 de la Dirección General de Trabajo que estableció, en caso que en la cuantificación resultasen decimales, el siguiente criterio: “empresa con menos de 50 trabajadores: 0 trabajadores; de 50-99 trabajadores: 1 trabajador con discapacidad; de 100-149 trabajadores: 2 trabajadores con discapacidad y así sucesivamente”. En relación a estas obligaciones, destacar tres cuestiones:

1ª. No parece probable, pero si se omitiesen estas prohibiciones en los pliegos de contratación, sería motivo para impugnarlos y poder declararlos nulos de pleno derecho, según el art. 39.2 a) LCSP. Este art. concreta las causas de nulidad de derecho administrativo y con carácter específico determina la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por poderes adjudica-

47. Art. 46 Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE Núm. 71, de 23 de marzo de 2007, se describe el contenido y los requisitos de un plan de igualdad.

48. RD 364/2005, de 8 de abril por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, BOE Núm. 94 de 20 de abril de 2005 págs. 13466-13469.

dores en los que concurra entre otras causas estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 71.

- 2^a. Aquellas empresas que incumplan alguna de las obligaciones estarán en incursas en prohibición y no podrán contratar con la AP. Por tanto, si el órgano de contratación constata que la empresa se encuentra en alguno de estos supuestos deberá excluirlo del procedimiento (art. 72 LCSP). El problema podemos encontrarlo en la matización del art. 71.1 d) LCSP “en las condiciones que reglamentariamente se determinen”, es decir, remite a un desarrollo reglamentario posterior que en tanto no sea aprobado podría dejar sin efecto la prohibición.
- 3^a. La acreditación de cumplir las obligaciones. El propio art. 71.1d) se refiere a una declaración responsable. No obstante, declarar significa manifestar frente a acreditar que es demostrar la verdad de algo, especialmente a través de documento. En base a ello, en respeto al tenor literal del art. solo cabe requerir en el momento de presentación de las ofertas, la declaración responsable del cumplimiento de las obligaciones legales, pero al mismo tiempo, sin ser contrario a la norma, adjudicado el contrato y antes de su formalización sería conveniente un sistema de control y verificación.

Por último, cabe indicar que el apartado b) del art. 71.1 recoge la prohibición de contratar con personas que “hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional [...] de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, previsión que se completa con el art. siguiente sobre el procedimiento y competencia para apreciación de la prohibición de contratar.

7^o. *Obligación de reservar un porcentaje de contratos*⁴⁹ *para su ejecución para Centros Especiales de Empleo (CEE) y para Empresas de Inserción*⁵⁰. Esta obliga-

49. Sobre los contratos reservados puede consultarse: MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2018): “Los contratos reservados: Una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, Núm.33. <http://www.ciriec-revistajuridica.es>

50. Para ampliar información puede consultarse GARCÍA BLANCO, JESÚS.M. (2018): “Consideraciones de tipo social y ambiental” en MESTRE DELGADO, J.F. & MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de... op. cit.*, pág.455-489. GARCÍA ROMERO, M.B. (2017): “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública” en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., (dirs.) *Innovación Social... op. cit.*, págs. 239-260.

ción ya se encontraba recogida en la anterior Ley de Contratos del Sector Público y en la Directiva del 2004/18⁵¹, siendo regulados por la LCSP en la DA 4ª.

El art. 43 RD 1/2013 define a los Centros Especiales de Empleo⁵² como instrumento específico de apoyo a las personas con discapacidad además de producir bienes y prestar servicios. Al menos un 70% de su plantilla debe estar compuesta por trabajadores y/o trabajadoras con discapacidad igual o superior al 33%. La novedad que incorpora la Ley de 2017, en relación a los CEE es que únicamente los que sean de iniciativa social pueden participar en la licitación de un contrato reservado. Concepto de iniciativa social⁵³ incorporado por la Disposición final 14ª que provoca la modificación del art. 43 LGDPD añadiéndole el apartado 4º.

Las Empresas de Inserción⁵⁴ tienen como objetivo facilitar el empleo y la inclusión social de personas desfavorecidas mediante un periodo de formación, acompañamiento y contratación laboral en una estructura mercantil no lucrativa. Al menos entre el 30% y el 50% de su plantilla deben ser personas en situación o riesgo de exclusión social. La empresa de inserción les prepara en su tránsito al empleo ordinario.

Si tenemos en cuenta que se puede calificar como reservado cualquier contrato, que se tramita igual que otro y que no todas las empresas son iguales, diferencias

51. Cons. 28 y art. 19.

52. Regulados por RD 2.273/1985 de 4 de diciembre.

53. Disposición adicional 14ª LCSP “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

54. Se regulan por Ley 44/2007 de 13 de diciembre para la regulación del régimen de Empresas de Inserción o la legislación autonómica correspondiente.

que se estiman como fundamento⁵⁵ de los contratos reservados, podemos afirmar que la obligación de reservar un porcentaje de contratos resulta un medio imprescindible, eficaz y garantista para fomentar el acceso al empleo de sectores que tradicionalmente son desfavorecidos.

Añadir respecto a los contratos reservados, los relativos a empresas y entidades de Economía Social. La LCSP transpone literalmente en su disposición adicional 48ª, el art. 77 de la Directiva 2014/24. La Directiva solo dispone requisitos, cosa lógica para armonizar legislaciones, pero no establece tipologías pues ese ámbito depende de la normativa interna de cada Estado miembro. La razón es clara, pero la LCSP al reproducir íntegramente la Directiva ocasiona un vacío. La AP debe actuar en base a los principios de seguridad jurídica y transparencia, en consecuencia, los órganos de contratación deberán establecer la tipología exacta de las empresas beneficiarias de la reserva y para ello acudir a la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social⁵⁶.

La diferencia con los anteriores puede resumirse en la imposibilidad de reservar cualquier contrato. La reserva para este tipo de empresas es una opción para la AP y en el supuesto de hacer uso de ella, se supedita a una duración máxima del contrato de tres años, no haber sido adjudicataria en los tres años anteriores del mismo contrato y a través de la misma reserva y solamente se puede reservar la licitación de contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud y no todos, solo algunos de los que figuran con códigos CPV⁵⁷ en el Anexo IV.

8º. *Incorporar preceptivamente criterios de adjudicación de carácter social.* La selección de los criterios y su ponderación deberán adaptarse al objeto contractual, al sector de actividad, a las características, el importe y plazo de ejecución y al personal necesario para su ejecución. Es en el momento de redacción de los pliegos cuando se seleccionan los criterios más convenientes. A través de los criterios de adjudicación se selecciona la mejor oferta. Se supera la tradicional selección de la oferta económica más ventajosa, sustituyéndola por mejor relación calidad-precio. El tenor literal del art. 145.2 LCSP establece que “la mejor rela-

55. La Directiva 2014/24 en su Con.36, fundamenta la necesidad de los CEE y las EEII, la Comisión los denomina talleres, para garantizar la integración en la sociedad y la igualdad de oportunidades.

56. BOE Núm 76, de 30 de marzo de 2011, págs. 33023-33033.

57. La nomenclatura CPV (Common Procurement Vocabulary-Vocabulario Común de Contratación Pública) es un sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación o concurso público en la Unión Europea.

ción calidad-precio se evaluará con arreglo a los criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos sociales [...] podrán ser: [...] la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias [...]. Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina [...]

9º. *Ponderar los criterios de adjudicación y el precio.* La referencia al precio es imprescindible pues las ofertas económicas deben estar ajustadas al coste real. Es una herramienta útil para los órganos de contratación ya que una oferta anormalmente baja, puede ser una señal de una empresa que inaplica o incumple los convenios colectivos o incurre en *dumping social*⁵⁸, en general, que está vulnerando la normativa. El procedimiento para excluir la oferta anormalmente baja es el previsto en el art. 149 LCSP, del que destacamos el último párrafo de su apartado 4º: “En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”.

10º. *Establecer criterios de desempate.* Según el art. 147LCSP se pueden establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Estos criterios deben referirse a:

58. Puede consultarse: VAN DER LAAT ECHEVARRÍA, B., (2004): “La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresario”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, Núm. 103, pág. 14 y VALENZUELA HERRERA, A., (2015). “Cláusulas sociales en los tratados de libre comercio”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Núm.1, pág. 123.

a) Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

b) Proposiciones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.

El apartado 2 del art. dispone los criterios que se seguirán para el supuesto que los pliegos no hayan previsto la solución en caso de empate.

Entendemos que pese a la previsión del art. 147 para una contratación pública responsable sería necesario modificar “el poder establecer” por “deberán establecer” criterios de adjudicación específicos para fomentar el empleo de las personas con discapacidad.

11º. *Incorporación preceptiva de condiciones especiales de ejecución de tipo social.* Los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato y en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución. Las consideraciones de tipo social que pueden introducirse estarán en relación a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción y eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado (art. 202 LCSP). Una vez que formen parte del contrato se les exigirá por igual a todos los subcontratistas que participen en la ejecución.

12º. *Realizar un efectivo control del cumplimiento de los criterios sociales.* Corresponde a la última fase del procedimiento y juega un papel trascendente pues es irrelevante, haber realizado un perfecto procedimiento respetuoso con la Ley y comprometido socialmente y no verificar el cumplimiento de las cláusulas

sociales incorporadas por parte de la AP. La LCSP faculta al órgano de contratación a establecer sanciones e incluso la potestad para rescindir el contrato en caso de incumplimiento (Art. 202.3; 122.3, 211 y art. 192). Para esta fase de control se pueden incluir verificadores específicos para cada cláusula conforme a los arts. 201 y 210 LCSP.

13º. *Garantizar la accesibilidad a las personas con discapacidad.* Los arts. 93, 126 y la DA 18ª obligan a los órganos de contratación a que en los pliegos de licitación en las fases de licitación se cumplan los requisitos de accesibilidad universal.

Como se observa es una Ley complicada, extensa y poco innovadora pues las “sustanciales innovaciones” que prevé el preámbulo entre las que destaca la “previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social” ya se encontraba de manera explícita en el ámbito comunitario, aplicado por el TJUE y recogida en nuestra anterior normativa sobre contratos del sector público.

5. Conclusiones

La LCSP no ha innovado especialmente en relación a la situación de las personas con discapacidad y no lo ha hecho porque reproduce las Directivas de las que trae causa o continua en la línea de la regulación anterior. Prueba de ello es el art. 1.3 que puede conducirnos a confusión pues el carácter imperativo del precepto debe interpretarse conjuntamente con el resto de la Ley. En este sentido, tener en cuenta que las consideraciones de tipo social pueden incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio o como condiciones especiales de ejecución. Su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato y sería por ello necesario, antes de hacerlo, valorar el objetivo a perseguir y el medio más idóneo y por supuesto, controlar el cumplimiento efectivo de la cláusula social durante la fase de ejecución. El problema es que el control y la imposición de sanciones es una facultad del órgano de contratación.

Resulta de interés la posibilidad de planificar anticipadamente la contratación pública del ejercicio y realizar consultas preliminares, pero ¿por qué no modificar la posibilidad por obligatoriedad de las mismas? Por otro lado, sería conveniente, para la correcta aplicación de los contratos reservados que las AAPP y entidades públicas confeccionasen listados de los Centros Especiales de Empleo,

Empresas de Inserción y Empresas de Economía Social para cotejar el propio objeto contractual y su sector de actividad con aquellos productos y servicios que ofertan dichas empresas. En relación a ello, la DA 4ª establece con carácter imperativo que la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales están obligadas a fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos y calificarlos como reservados, pero no hace mención expresa a las entidades del sector público, por lo que en un sentido literal y conforme al ámbito subjetivo descrito en el art. 3.1c) LCSP, estas entidades no estarían obligadas. No obstante, si queremos aplicar coherentemente la Ley y adquirir un compromiso pleno con la contratación pública responsable, sería conveniente que todas estas entidades aplicasen con obligatoriedad la reserva.

Incluye la Ley las prohibiciones de contratar a los que incumplan la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad y/o elaboración de planes de igualdad, estableciendo que las circunstancias del incumplimiento se aprecian y aplican directamente por el órgano de contratación, lo que proporciona la competencia necesaria para excluir a una empresa. La cuestión relevante es que el art. 71.1. d) preceptúa que se acreditará el cumplimiento mediante declaración responsable, que no acredita, solo manifiesta. La cuestión no es baladí, pues en demasiadas ocasiones se cumple la cuota de reserva solo para poder concurrir a la licitación. En consecuencia, podría solventarse la situación, requiriendo la declaración responsable en el momento de presentación de las ofertas por las empresas licitadoras y posteriormente, tras adjudicar el contrato y con carácter previo a su formalización, acreditar fehacientemente su cumplimiento.

Es innegable que la LCSP deja fuera de toda duda la legalidad de incorporar condiciones especiales de ejecución de tipo social, ético y medioambiental. El art. 202 presenta un listado de temas extenso, no cerrado y como novedad la obligación de señalar al menos una. Del mismo modo, manifiesta su poca ambición, por un lado, al incluir entre las posibles condiciones especiales de ejecución “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, pues su aplicación jurídicamente vinculante se produce una vez ratificado el Convenio. Y, por otro lado, porque el carácter obligatorio es una magnífica herramienta para adoptar políticas de responsabilidad social que beneficien de manera efectiva, pero no tiene sentido exigir la obligatoriedad sino se verifica su cumplimiento.

Por consiguiente, la última fase del procedimiento debe ser el control del cumplimiento de los criterios sociales y aquí debe salvar un importante escollo,

pues faculta la Ley, pero no obliga a imponer sanciones que suelen ser el mecanismo disuasorio más efectivo, entendiendo que el problema de la corrupción no es la inexistencia de normas jurídicas sino como la sociedad la soporta y la mantiene.

No se pueden negar las novedades y mejoras de la LCSP, pero muchas son facultativas y las otras sujetas a la facultad de control del órgano de contratación. En conclusión, con respecto a la parte que le corresponda a través de la contratación pública para hacer efectivo el derecho a la plena inclusión de las personas con discapacidad, se necesitarán grandes dosis de compromiso por parte de la Administración Pública, sistemas eficaces de control a las empresas, acciones judiciales y participación activa del Tercer Sector.

Bibliografía

- BERZOSA, C. (2013): “La difícil relación entre ética y economía”, *Revista de Economía mundial*, Núm.35.
- BRUNETE, M^a.T.: (2010): *Guía práctica, Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*, Federación de Municipios y Provincias, Castilla La Mancha.
- CASARES, A. (2013): “Comercio justo y fomento de la contratación pública sostenible”, *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 123, Sección Reflexiones, Enero-Febrero, (La Ley 19095/2012).
- CERMI (2018): *Los aspectos sociales en la contratación pública*, Colección Inclusión y Diversidad, Núm.21.
- CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2016): *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*.
- FOY, P. (2011): “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, Núm.66.
- GALLEGO, I.: “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Nueva Época*, Núm.4, enero-diciembre 2017, (a).
- “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en GARCÍA, B. & PARDO, M.M., (dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra, 2017, (b).
- GARCÍA, J.M. (2018): “Consideraciones de tipo social y ambiental” en MESTRE, J.F. & MANENT, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA, M.B. (2017): “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública” en GARCÍA, B. & PARDO, M.M. (dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra.
- GUZMAN, J. (2006): “Tres visiones éticas de la economía: Galbraith, Drucker y Ghoshal”, *Revista de Economía Mundial*, Núm. 15.
- LESMES, S. (2005): “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”. *Lan Harremanak*, nº 13.

- LOBEJÓN, L.F. (2008): “Pasado, presente y futuro de la cláusula social. El papel de la Organización Mundial del Comercio”, *ICE*, Núm. 843, julio-agosto.
- LÓPEZ, M^aB. (2018): “Preparación del contrato” en MESTRE, J.F. & MANENT, L. (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOYA, M. & SAMANIEGO, M.: “Novedad normativa: el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen II, 2017.
- “Novedad normativa: La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen III, 2018.
- MANGAS, A. & LIÑÁN, D.J.: “Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea”, en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6^a edic., 2010
- “El sistema de normas y actos en la Unión Europea II”, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6^a edic., 2010.
- MEDINA, T. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo” en GARCÍA, B. & PARDO, M.M., (Dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra.
- MEDINA, P. (2010): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas”, *Revista Cemci*, Núm. 7, marzo-junio.
- MESTRE, J.F.: “La incidencia de la Jurisprudencia comunitaria sobre algunos de los aspectos básicos del Derecho Público interno”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, Núm. 22, enero-abril, 1988.
- “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental” en *AAVV, Homenaje al profesor Sebastián Martín –Retortillo*, Real 2003, Núm.291.
 - “Las principales novedades de la Ley de contratos del sector público”, en MESTRE, J.F. & MANENT, L. (Dirs.): *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, (b).
 - “El tratamiento jurídico de la discapacidad en la Ley de contratos del sector público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen III, 2018, (a).
- MOLINA, C. (2008): “Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: “Las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Núm. 302.

- MORENO, J.A. & PINTOS, J. (2015): “El sistema español de contratación pública” *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*. Núm. 1.
- MUÑOZ, S., MESTRE, J.F. & ÁLVAREZ, V. (2000): “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en MUÑOZ, S., GARCÍA, J.L. & GONZÁLEZ, L. (Dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid.
- ORTIZ, M.D. (2017): “Las cláusulas sociales en el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación” en GARCÍA, B. & PARDO, M.M. (Dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra.
- RODRÍGUEZ, S. (2009): *Cláusulas sociales y licitación pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- VALENZUELA, A. (2015): “Cláusulas sociales en los tratados de libre comercio”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Núm.1.
- VALLECILLO, R.M. & GUTIÉRREZ (2016): “La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo” *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*.
- VAN, B. (2004): “La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresario”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, Núm. 103.

Bibliografía consultada on line

- BURZACO, M. (2016): “Contrataciones públicas socialmente responsables: La necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 81-310. Disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>
- DE LORENZO, R. (2017): “Hacia un nuevo Derecho de la Discapacidad: Delimitación, configuración y contenidos” Ponencia presentada en el *I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad*, 17/11/2017. Disponible en <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/materiales-ponencias/>.
- GIMENO, J.M.: “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”. Disponible en <http://www.obcp.es>

- GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M^a.T. & PACHE, M. (2019): La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 96, 253-280. DOI:10.7203/CIRIEC-E.96.12627. Disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>
- MENDOZA, J., ROMÁN, C. & HERNÁNDEZ, M. (2018): “Los contratos reservados: Una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, Núm.33. Disponible en <http://www.ciriec-revistajuridica.es>
- MORENO, J.A. & PINTOS, J. (2015): “El sistema español de contratación pública” *Aletheia, cuadernos Críticos del Derecho*. Núm. 1. Disponible en <http://www.liberlex.com>

CONCURRENCIA COMPETITIVA, IGUALDAD ENTRE LICITADORES Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LAS RESERVAS DE CONTRATOS: UN ANÁLISIS DESDE LOS CONFLICTOS

María Burzaco Samper

Profesora Propia Agregada de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas

RESUMEN

Las Directivas de 2014 suponen un viraje hacia la contratación pública estratégica. Ésta se concibe como un instrumento de intervención económico-social que comporta la introducción de elementos correctores en las reglas tradicionales de la contratación pública. Dichas reglas (marcadas por los principios de igualdad entre licitadores y concurrencia competitiva) podían dejar en posición de desventaja a organizaciones empresariales y entidades del tercer sector en las que priman las personas sobre consideraciones puramente economicistas. Este trabajo se centra en uno de esos elementos correctores (las reservas de contratos) en las dos modalidades que contempla la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Con base en el análisis de los conflictos, defendemos que no estamos ante excepciones a las reglas generales, sino ante variaciones fundadas en determinados principios de la contratación pública actual, así como en el interés general como guía de la actuación administrativa. Por otro lado, se examinan algunos de los obstáculos en la implementación de la contratación pública socialmente responsable, subrayando la importancia del control sobre la ejecución y el análisis de sus efectos en la consecución de algunos objetivos estratégicos para la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, cláusulas sociales, Economía social, principio de igualdad, reserva de contratos, discapacidad.

CLAVES ECONLIT: A13, H57, K12, K23, L31.

COMPETITIVE TENDERING, EQUAL TREATMENT OF BIDDERS AND POSITIVE DISCRIMINATION IN RESERVATION OF CONTRACTS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THEIR CONFLICTS

EXPANDED ABSTRACT

The 2014 Directives on public procurement imply a shift towards “strategic public procurement”; a new paradigm that transforms public contracts into instruments for socio-economic intervention. This new conception is not without difficulties since its implementation requires introducing some corrections in traditional public procurement rules and principles. Indeed, the principles of equal treatment and competitive tendering need to be “reinterpreted” if a real opportunity to compete is to be given to third sector organizations in competitive procedures (organizations for which individuals are more important than purely economic criteria).

This article focuses on one of these adjustments: reserved contracts. Although they do not constitute a new category in public contract legislation, they introduce some significant variations that try to reinforce it. As opposed to traditional reservation of contracts, the Law 9/2017 of 8 November 2007 on Public Sector Contracts (LPSC) currently in force establishes two different modalities:

a) Reservation of contracts under the 4th Additional Provision LPSC: it respects the traditional framework (it applies to certain contracts and the beneficiaries are sheltered workshops and economic operators whose main aim is the social and professional integration of disabled or disadvantaged persons), but it also reinforces it. On the one hand, it obliges to specify the percentage of reserved contracts. Otherwise, the large percentages stated in the LPSC would apply. On the other hand, this reservation also affects the lots a contract may be divided into (an important provision considering that division into lots has been established as the general rule).

Although rules applicable to this type of reservations have been improved, we can still point out some flaws: the most important one is the absence of a clear and unambiguous number on which the reserved percentage shall be applied.

b) Reservation of contracts under the 48th Additional Provision LPSC: contrary to the former, this reservation is optional. It’s also linked to a certain type of contracts (in this case, contracts for social, cultural and health services) and the beneficiaries shall meet strict requirements, related to their non-profit nature.

In any case, the features of this reservation can make it difficult to distinguish it from the possibility of reserve the right for organisations to participate in procedures for the award of public contracts exclusively for some health, social and cultural services, i.e. non-contractual instruments established by the 49th Additional Provision LPSC to provide services for social needs.

The rules applicable to each of these forms of reserved contracts must completed with further analysis focusing on the conflicts that have arisen to date. This analysis provides some interesting data:

a) Firstly, there is some evidence on the difficulties of appellate contracting authorities to abandon traditional interpretative criteria applicable under previous legislation (criteria that do no longer seem to fit the current parameters of strategic public procurement).

In that sense, a strict interpretation of the requirement to link the reservation to the subject matter of the contract can potentially lead to some legal provisions being ineffective, as recent resolutions have already pointed out.

b) Moreover, it is worth noting that including certain social clauses does not depend on the goodwill of the contracting authorities. They are indeed a legal obligation.

However, poor level of compliance with these requirements and the absence of suitable and effective means to control them constitute an obstacle that must overcome.

c) Paradoxically, most conflicts related to reservation of contracts arise from third-sector organizations themselves, which sometimes excluded from being their beneficiaries under current legal requirements. In this respect, we analyze the underlying arguments that have been put forward in these conflicts and the legal doctrine stated in each case.

This article stresses the importance of overcoming a purely budgetary understanding of public procurement in order to apply the comprehensive approach adopted by 2014 Directives, which entails acquiring goods and services with the best quality-price ratio. Indeed, as strategic public procurement it's closely related to the principle of efficient use of public funds, the economic value of a contract shall not only include its price but all its different elements.

We claim that the reservation of contracts does not constitute an exception to general rules but a form of positive discrimination based on the aforementioned conception of strategic public procurement, as well as on the general interest, which is one of the guidelines for administrative action. Therefore, we do not consider reservation of contracts as an exception to competitive tendering. On the contrary, despite their more or less limited number, entities still have to compete even though they have to meet some additional requirements.

The European Commission has noted that the possibilities offered by strategic public procurement have not been sufficiently used yet. It claims that more efforts shall be made as public procurement is a “crucial instrument” to deliver policies that promote the creation of a fairer society based on equal opportunity, sustainable economic growth and wide market participation, while providing for sustainable public finances [Communication “Making Public Procurement work in and for Europe”, COM (2017) 572 final].

The latter requires designing standardized control mechanisms that are appropriate to their specific monitoring aim. Those mechanisms shall operate at three different levels;

- 1) Controlling compliance with LPSC and, in particular, with its strategic goal to serve public policies of different kinds.
- 2) Controlling compliance and enforcement of the provisions stated on the specific public procurement documents (them being the “law governing the contract”).
- 3) Controlling the effects derived from any contract in light of the strategic goals pursued in each case.

As far as the reserved contracts is concerned, public authorities should verify both the compliance with the percentage established for each contract and the effect of the reservation on the employability of those groups at which it was aimed. This analysis is particularly important when public authorities can choose between different organizational options (both contractual and non-contractual), according just to criteria of “good governance”.

KEY WORDS: Public procurement, social clauses, Social Economy, disability, reserve in award procedures.

SUMARIO

I. Introducción: igualdad entre licitadores y factores de corrección. II. La discriminación positiva como manifestación del principio de igualdad. El caso de las reservas de contratos. 1. Las reservas de contratos: concepto, fundamento y evolución normativa. 2. Las reservas en la LCSP: modalidades. 3. La conflictividad en torno a las reservas. III. El escenario que diseña la LCSP: ¿estamos ante la cuadratura del círculo? IV. El control de la ejecución y sus problemas. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción: igualdad entre licitadores y factores de corrección

El tránsito hacia la contratación pública estratégica que comporta la última generación de Directivas de 2014 ha concitado expectativas que, sin embargo, encuentran dificultades en su implementación. Por lo que respecta a los aspectos sociales, su inclusión en la contratación pública no es improvisada ni repentina¹, pero en ocasiones choca con inercias de la regulación anterior, en el bien entendido que estamos ante un reto que dista de ser sencillo.

Posiblemente los obstáculos de compatibilidad más evidentes se encuentren entre las cláusulas sociales (entendidas en sentido lato)² y los principios de concurrencia competitiva e igualdad de trato. Éste último constituye manifestación del principio de igualdad que no sólo es la más trabajada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP)³, sino que, hasta el momento, es la que ha presentado una relevancia práctica mayor. No en vano, muchos de los conflictos terminan anclándose en la eventual vulneración de dicho principio que la jurisprudencia comunitaria define en los siguientes términos:

1. Sobre los antecedentes y evolución hasta llegar a las Directivas de 2014: (GIMENO, 2014 y 2017: 247 y siguientes).

2. Sobre las diversas acepciones con que se maneja la adjetivación “social”: (BURZACO, 2016: 288-289).

3. Las menciones en este punto son numerosas: arts. 1; 3.4; 64; 70; 126; 132; 138.3; 145.5 b); 250.2; 258; 321.1; 321.2 b); y DA 16.1 d) LCSP.

(...) el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia también ha declarado que los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos exigen que los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación estén definidos claramente por anticipado y que sean hechos públicos, en particular las obligaciones que recaen sobre los licitadores, a fin de que éstos puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participantes (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros, C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94, apartado 32)

(STJUE de 2 de junio de 2016, Asunto C-27/15. Pippo Pizzo)

Dicho esto, la igualdad trabada a la concurrencia tiene un aspecto engañoso por cuanto puede dejar fuera de juego a empresas con determinadas características o que realicen su actividad desde la base de parámetros de impronta social. Es más: dejando incluso al margen tales factores, la actual normativa trata de fomentar el papel de las PYME en la contratación pública por entender que la regulación vigente hasta el momento no les permitía competir de manera efectiva. La predicada igualdad, por tanto, no debía de ser tal.

Así las cosas, la igualdad real requiere tomar en consideración las dispares posiciones de partida, propiciando elementos correctores que permitan que los

fondos que maneja el sector público en su actividad contractual se repartan más equitativamente. Factores de corrección que no han de resultar extraños en el marco del art. 9.2 CE, “texto memorable”⁴ que obliga a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Desde esta perspectiva no es extraño que “estrategias” de muy diversa adjetivación se acojan a la contratación pública como un instrumento adecuado para la consecución de objetivos de interés general de incuestionable trascendencia. La más relevante, sin duda, es la Estrategia Europea 2020, no sólo porque destaca el papel clave de la contratación pública, sino porque se erige en el marco integrador de los fines de interés general que se encuentran en la base de la contratación pública estratégica.

Pero hay más instrumentos tanto a nivel internacional como nacional; por citar sólo algunos:

- a) Resolución del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2016⁵, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se pide a la Comisión “que revise la Guía sobre las consideraciones sociales en materia de contratación pública, no solo con el fin de destacar las obligaciones sociales, sino también para señalar las oportunidades y los beneficios de invertir en servicios de apoyo de calidad para las personas con discapacidad”.
- b) Resolución del Parlamento Europeo de 4 de octubre de 2018 sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI))⁶, que advierte que “aún no se está aprovechando plenamente el potencial de la

4. (LOPERENA, 2010).

5. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI)). *DOUE* C 101/13, de 16 de marzo de 2018. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2018_101_R_0014&from=ES

6. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0378_ES.html?redirect

contratación pública en lo que respecta a ayudar a construir una economía social de mercado competitiva”⁷. Desde esta base⁸:

- Insta a los Estados miembros a que utilicen la contratación pública de manera estratégica con el fin de promover un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el que estén incluidas las pymes y las empresas de la economía social; subraya que ello exige de los Estados miembros que se den sistemáticamente indicaciones para tales actuaciones al más alto nivel y se apoyen al efecto a los compradores y los profesionales de las administraciones públicas (punto 9).
 - Pide a los Estados miembros que velen por que las prácticas de contratación pública se ajusten a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (punto 14).
 - Lamenta que las pymes y las empresas de la economía social sigan teniendo dificultades para acceder a la contratación pública, y pide a la Comisión que evalúe la eficacia de las medidas establecidas en las Directivas de 2014 y proponga nuevas soluciones de ser necesario (punto 36).
- c) Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020)⁹, que aunque centra las referencias a la contratación pública en la accesibilidad (puntos 2.1.1 y 2.2.2), identifica el empleo como uno de los ocho ámbitos primordiales de actuación (punto 2.1.4). En esta línea, el Plan de acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020¹⁰ recoge como objetivo operativo 4 el fomento de la contratación socialmente responsable como medio idóneo para conseguir la mejora en la empleabilidad de las personas con discapacidad¹¹.

7. Todo ello en el contexto “de más de 250.000 Administraciones Públicas de la Unión, que gastan cada año alrededor del 14% del PIB, casi dos billones de euros, en la adquisición de servicios, obras y suministros” (Considerando A).

8. Los párrafos que vendrán a continuación son citas textuales de la Resolución que nos ocupa.

9. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras” [COM (2010) 636 final]. {SEC(2010) 1323} {SEC(2010) 1324}.

10. Disponible en: http://www.msbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/plan_accion_EED.pdf

11. Interpretamos que la referencia genérica a “cláusulas sociales” que realiza la Estrategia incorpora los diversos mecanismos posibles; si no, no se explica la ausencia de referencia explícita a las reservas de contratos.

- d) Estrategia Española de Economía Social¹², que en su Eje 1 (“Apoyo al empleo y al emprendimiento en el ámbito de la economía social”) dedica el punto 5 a la contratación pública enfatizando las posibilidades que brindan las reservas y la incorporación de cláusulas sociales, aunque con buen cuidado de traer también a colación los principios de igualdad y concurrencia competitiva.

Desde una postura realista, todas estas pretensiones no pueden materializarse con los mismos mimbres que ha empleado la contratación pública hasta el momento; escenario que las Directivas de 2014 (y, como derivación, la LCSP) obligan a reconsiderar poniendo a disposición de los poderes adjudicadores una serie de instrumentos que permitan su realización.

II. La discriminación positiva como manifestación del principio de igualdad. El caso de las reservas de contratos

1. Las reservas de contratos: concepto, fundamento y evolución normativa

Algunas de las previsiones de la LCSP recogen figuras de discriminación inversa, positiva o cualesquiera denominaciones con que suelen conocerse. La base de las mismas se halla también en el principio de igualdad, aunque esta vez como excepciones o reglas especiales cuya finalidad última pasa por remover obstáculos que, de otro modo, serían difícilmente salvables.

Así, el principio de igualdad entre licitadores es muy razonable, pero sin elementos correctores posiblemente beneficie a empresas fuertes en detrimento de fórmulas empresariales de impronta social que, por sus especiales características, no pueden competir en las mismas condiciones. Por otro lado, el desempleo de personas con discapacidad y/o de aquellas en riesgo de exclusión social constituye un problema de primer orden que compromete a un porcentaje relevante

12. Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020 (*BOE* núm. 69, de 20 de marzo de 2018)

La importancia de la nueva legislación contractual para las entidades de economía social encuentra reflejo en: (CEPES, 2018).

de la población¹³ y, en tal medida, centra todas las políticas públicas dirigidas a estos colectivos, incluyendo la vía que ofrece la contratación pública.

El Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE lo evidencia con estas palabras:

El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.

Indudablemente esta figura no supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico y un repaso por la anterior Directiva 2004/18/CE, permite constatar que el Considerando 28 que ésta dedica a las reservas no dista apenas de las palabras transcritas, si bien con referencia limitada a las personas con discapacidad como se reflejaba en el propio art. 19 de dicha Directiva¹⁴.

13. En relación con la discapacidad, véanse los datos obrantes en (BURZACO y COLINO, 2017: 208 y siguientes).

Aporta datos recientes a nivel nacional: (DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA. COMUNIDAD DE MADRID, 2018: 72-74)

Aunque el sistema parte del ideal (no cumplido) de que los CEE sirvan de tránsito hacia el empleo ordinario, no puede negarse el valor social ínsito en la labor que realizan para la inserción sociolaboral de personas con discapacidad. Ponen de relieve dicho valor social: (RODRÍGUEZ, 2012); (LESMES y ALVAREZ DE EULATE, 2014: 27). Aportan datos empíricos: (GELASHVILI, CAMACHO-MIÑANO & SEGOVIA-VARGAS, 2016: 9 y ss); (LÓPEZ, MASIDE & TORRELLES, 2019).

14. Recordemos que el mencionado art. 19 Directiva 2004/18/CE, relativo a contratos reservados, establecía: “Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo

Coherentemente con tal previsión, la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público posibilitaba la reserva -“podrá reservarse” decía el precepto- de la adjudicación a Centros Especiales de Empleo (CEE) o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados fueran personas con discapacidad; porcentaje que constituía una remisión al requisito legalmente contemplado para tener tal condición de CEE.

El posterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, mantuvo esta misma redacción en la Disposición Adicional 5ª hasta la reforma operada por Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Esta ley supuso un avance en diversos aspectos: a) por un lado, se pasó de lo facultativo a la obligación de reservar: así, la Disposición Adicional 5ª preveía que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros (u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales) se fijarían porcentajes mínimos de reserva no sólo ya de procedimientos de adjudicación de determinados contratos, sino también de lotes; b) se amplió el espectro de entidades susceptibles de verse favorecidas por las reservas comprendiéndose tanto los CEE como las empresas de inserción que cumplieran los requisitos establecidos en su regulación¹⁵.

Sin embargo, la supuesta obligatoriedad de la reserva se encontró huérfana de mecanismos frente a su incumplimiento de suerte que la efectividad práctica de la medida fue muy limitada.

protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación” (la cursiva es nuestra).

15. Precisamente la deficiente redacción de la remisión a tales requisitos propició equívocos cuando se indicaba como condición de la reserva 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”. Tal porcentaje sólo tenía sentido para las empresas de inserción; no así para los CEE que, como ya decíamos, requieren un 70% de personas con discapacidad para tener esa consideración.

2. Las reservas en la LCSP: modalidades

La LCSP constituye un nuevo paso en la evolución de la figura que muestra un compromiso más intenso con la reserva, y, por de pronto, contempla dos modalidades cuyo alcance difiere.

A) Disposición Adicional 4ª LCSP

La DA 4ª LCSP recoge la reserva en el sentido de la normativa anterior, aunque profundizando claramente en determinados aspectos, a saber:

- a) Obligatoriedad de la reserva, esta vez con elementos que enfatizan la preceptividad y aportan mecanismos para hacerla efectiva. Destaca la fijación del plazo de un año desde la entrada en vigor de la LCSP para que se adopte el Acuerdo del Consejo de Ministros (u órganos autonómicos y locales equivalentes) señalando los porcentajes mínimos de reserva y las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento; y de no procederse en dicho plazo, se impone un porcentaje del 7% para los órganos de contratación del sector público estatal, que se incrementará en un 10% a los cuatro años de entrada en vigor de la LCSP¹⁶.

Son ya muchas las Administraciones Públicas que han adoptado tales acuerdos, generalmente en el marco de instrumentos que tratan de obligar a la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en la contratación pública¹⁷. Y, al igual que ocurrió en el marco normativo anterior, son algunas Comunidades Autónomas e, incluso, entidades locales, las que actúan de avanzadilla¹⁸.

16. Paradójicamente el Gobierno estatal no ha cumplido la previsión, de manera que el “Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable” aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 (publicado mediante Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo; *BOE* núm. 125, de 25 de mayo de 2019) ha terminado remitiéndose a los porcentajes previstos en la ley (véase apartado décimo sobre reservas de contratos y lotes).

17. Nos remitimos al completo listado recogido en (GUTIÉRREZ, NEVADO & PACHE, 2019: 267-271). En el nivel local recoge algunos ejemplos, (CUBA, 2017: 11-12).

18. En el contexto del texto refundido anterior, véase el ilustrativo recorrido que hace (CUBA, 2017). Destaca en el País Vasco la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. Ciertamente emplear la Ley como instrumento formal no es lo habitual, canalizándose generalmente mediante Instrucciones, Acuerdos... de alcance dispar y contenido perfectible. Véase, por ejemplo, las críticas de (NÚÑEZ, 2016: 423-425) acerca del Acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz de 18 de octubre de 2016.

- b) También supone un refuerzo de la reserva la referencia a los lotes. Si bien no constituye una novedad, la regulación sobre la división en lotes ha dado un giro radical: contrariamente a lo establecido en la normativa anterior, el art. 99.3 LCSP determina que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permita, deberá preverse la realización independiente de cada parte mediante dicha división en lotes, de suerte que, de no hacerse, el órgano de contratación habrá de motivarlo adecuadamente. Siendo una regla que trata de potenciar la contratación de PYME, el propio art. 99.4 LCSP subraya la posibilidad de reservar alguno o algunos de estos lotes remitiéndose a las dos modalidades de reserva que nos ocupan.
- c) Al margen de las cuestiones controvertidas que veremos después al tratar los conflictos, surge un primer interrogante acerca de cuál es la referencia a la que aplicar el porcentaje de reserva y los eventuales mecanismos de control que permitan comprobar su cumplimiento. La DA 4ª LCSP lo traba al “importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva”. Sin embargo, no se especifica si dicho importe se computa con base en los presupuestos base de licitación o, por el contrario, en los importes de adjudicación. QUINTANA y RODRÍGUEZ¹⁹ abogan por acogerse al presupuesto base de licitación, por entender que, si se escogiesen los valores estimados²⁰, se distorsionaría el resultado final; de igual modo, tampoco consideran correcto tomar como referencia el precio porque, si bien el cálculo no plantearía dificultades, supondría un obstáculo para la planificación y control de su cumplimiento. La realidad, sin embargo, ofrece escenarios desiguales sobre esta cuestión²¹.

19. (QUINTANA & RODRÍGUEZ, 2019: 146).

20. La locución “valor estimado” pretende homogeneizar las distintas expresiones que antes se empleaban y que presentan implicaciones de todo tipo (determinación de contratos sujetos a regulación armonizada, contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación...). Sus reglas se establecen en el art. 101 LCSP.

21. La Comunidad Autónoma vasca -primera en aprobar el correspondiente Acuerdo- ha ido en esta línea, estableciendo un 5% de los importes base de licitación de las categorías económicas del Anexo VI LCSP e indicando que tales importes se computan para el año que se inicia su tramitación y no el del inicio de ejecución. Caso de no alcanzarse el porcentaje de reserva deberá justificarse en la memoria comprensiva de importes licitados, importes reservados y causa explicativa del incumplimiento. Resolución 73/2018, de 15 de marzo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueban instrucciones sobre los contratos reservados (BOPV núm. 63, de 3 de abril de 2018).

B) Disposición Adicional 48ª LCSP. Su distinción de la acción concertada

Se introduce una nueva DA 48ª LCSP que, bajo el rótulo “Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones”, regula esta segunda modalidad cuyos elementos fundamentales son los siguientes:

- a) La imperatividad desaparece en cuanto la dicción literal -“... *los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar...*” - no permite albergar dudas sobre su carácter facultativo.
- b) También en este caso se enuncian expresamente los contratos con sus respectivos códigos que pueden ser objeto de la misma, esta vez incluidos en el Anexo IV LCSP. Como en toda reserva el anuncio de licitación debe recoger expresamente que estamos ante una reserva de esta disposición adicional.
- c) La duración máxima del contrato no excederá de tres años.
- d) La reserva sólo puede ser en favor de las organizaciones que cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:
 - a) *Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero* [esto es, al objeto de los contratos que pueden constituir objeto de esta reserva].
 - b) *Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.*
 - c) *Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de*

El Ayuntamiento de Madrid, sin embargo, ha optado por los importes de adjudicación correspondientes a la anualidad precedente del conjunto de contratos licitados. Decreto de 31 de enero de 2019 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la Instrucción 1/2019 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (BOAM núm. 8333, de 8 de febrero de 2019)

El reciente Decreto 75/2019, de 23 de mayo (BOC núm. 108, de 6 de junio de 2019), por el que se establecen las directrices de política general sobre la incorporación de criterios y cláusulas sociales en la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su art. 7, mantiene la misma dicción de la LCSP, sin que aclare este punto.

participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

La rigurosidad de los requisitos parece indicar que esta reserva es más restrictiva que la de la DA 4ª LCSP. Por lo demás, el límite temporal trazado por la última de las condiciones trata de abrir campo a la concurrencia entre este tipo de entidades.

De cualquier modo, este precepto es prácticamente transcripción del art. 77 Directiva 2014/24/UE, en el bien entendido que la dicción literal de la Directiva habilitaba para que el legislador decidiera discrecionalmente la inclusión o no de este tipo de reserva²². Estamos así, ante una opción de organización de servicios²³ que ya había recibido el aval de la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de

22. El apartado 1 del art. 77 Directiva 2014/24/UE señala: “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...*” (la cursiva es nuestra).

23. En relación con los servicios a las personas, la elección está marcada por diversos ingredientes, entre ellos el importe del servicio (esto es, se supere o no el importe de 750.000 euros) o que se trate o no de un servicio excluido (art. 11.6 LCSP). El Considerando 114 Directiva 2014/24/UE explica las razones de este complejo sistema y que se anudan a las peculiares características de los servicios a las personas: “Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. *Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno.*

Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité

11 de diciembre de 2014, Asunto C-113/13, caso *Croce Rossa Italiana y otros*²⁴ y de 28 de enero de 2016, Asunto C-50/14, *Casta*).

Precisamente la opción de decidir que encuentran las Administraciones en relación con determinados servicios está en la base del equívoco entre esta reserva y la llamada *acción concertada*. Ésta se encuentra regulada en la DA 49ª LCSP conforme a la cual las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, pueden regular “instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”²⁵. Sin ánimo de ser exhaustivos, hemos de hacer algunos apuntes sobre esta figura que es especialmente relevante para entidades de economía social:

a) A diferencia de las reservas de la DA 48ª, estos conciertos no constituyen contratos, sino que, como destaca GIMENO²⁶, constituyen una opción orga-

de Protección Social. (...). *Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.*” (la cursiva es nuestra) (LAZO, 2016) y (PALACÍN, 2017: 7-8) ofrecen con claridad la diversidad de situaciones existente.

24. Explica con detalle esta Sentencia (GIMENO, 2016; 2017: 277 y ss.; y 2018: 26-32); (TEJEDOR, 2015);

Buena parte de las resoluciones de los recursos en los que se discute la legalidad de una reserva, la fundamentación jurídica se acoge a este fallo. Por todas, Resolución TACRC núm. 777/2018, de 7 de septiembre de 2018.

25. Ya contamos con varias normas autonómicas sobre la materia. Vgr. Ley 11/2016, de 15 de diciembre de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (Aragón; BOA núm. 243, de 20 de diciembre de 2016); Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario y Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social (Comunidad Valenciana; respectivamente, DOGV núm. 8016, de 6 de abril de 2017 y núm. 8197, de 23 de diciembre de 2017); Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 146, de 22 de noviembre de 2018); Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales (Andalucía; BOJA núm. 39, de 23 de febrero de 2018); Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura (DOE núm. 252, de 31 de diciembre de 2018); Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social (Principado de Asturias; BOPA núm. 58, de 25 de marzo de 2019).

26. (GIMENO, 2018:32-34).

nizativa que exige previsión legal expresa que determine su alcance y significado, así como las modalidades de servicios y prestaciones y el sistema retributivo.

- b) Precisamente por su modo de operar, la jurisprudencia comunitaria ha sido singularmente cuidadosa en los límites aplicables a esta figura, exigiéndose²⁷:
- 1) que quienes actúen en este marco no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y eficacia presupuestaria; 2) que, al margen del reembolso de los costes, las entidades no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros; 3) respeto estricto a la regulación nacional sobre voluntariado o tercer sector; 4) prohibición de abuso de Derecho mediante la utilización indebida de esta figura.

Un repaso por las normas que regulan la acción concertada permite advertir que estamos ante un inmejorable ejemplo de colaboración público-privada, presidido por los principios de solidaridad y calidad asistencial y que implica un reconocimiento del determinante papel del tercer sector en la cohesión social²⁸.

3. La conflictividad en torno a las reservas

El fundamento de las reservas de contratos es, pues, claro, lo que no ha impedido la conflictividad centrada fundamentalmente en ciertas causas que examinaremos a continuación, no sin antes llamar la atención sobre una circunstancia llamativa: muchos de los conflictos son instados por entidades del tercer sector o representativas de sus intereses que se ven postergadas por requisitos que consideran limitativos.

A) Supuesta contradicción entre la legislación española y el art. 20 Directiva 2014/24/UE

Son varios los conflictos en los que los recurrentes han alegado la supuesta infracción del Derecho Comunitario por una deficiente trasposición de la Directiva en la LCSP.

27. (GIMENO, 2018: 32-34 y 58).

28. Véase a este respecto el apartado III del Preámbulo del Decreto valenciano 181/2017 (*cit.*).

Una cabal comprensión de esta alegación requiere atender al contenido del art. 20.1 Directiva 2014/24/UE:

Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos

La primera controversia gira en torno a los conceptos manejados: es incuestionable que la alusión genérica de la Directiva comunitaria a “talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas”, pretende dar cabida a la variada panoplia de entidades recogida en las legislaciones de los Estados miembros y cuyas denominaciones y regulación difieren²⁹. Dicha indeterminación ya había sido puesta de manifiesto por los Tribunales administrativos de contratación pública en su informe de 1 de marzo de 2016, negando efecto directo a este art. 20 de la Directiva en cuanto “no establece un mandato claro e incondicionado”³⁰. Lo explica con precisión el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARCE) en un párrafo que se reproduce en otras muchas resoluciones:

29. No es este el lugar para examinar con detenimiento esta cuestión, pero es sabido que los contornos del tercer sector o perfilar definitivamente qué entidades pueden entenderse catalogadas como de Economía Social entraña cierta dificultad. Sobre esta cuestión, nos remitimos a los clarificadores trabajos de (FAJARDO, 2012 y 2018).

Asimismo, debe llamarse la atención sobre el carácter dinámico de algunas de las figuras que integran no sólo la economía social, sino conceptos de cuño más reciente con los que a veces intersecciona: economía colaborativa, circular... (CHAVES & MONZÓN, 2018).

30. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016* Disponible en:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3

(este) concepto (...) carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales y al que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento “Iniciativa en favor del emprendimiento social” (COM(2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes, similares por cierto a los ahora recogidos en el TRGLDPD, aluden a los operadores (i) para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social, (ii) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y (iii) cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión

(Fundamento Jurídico 8 c)

Resolución OARCE 100/2018, de 13 de agosto de 2018)

En este sentido, el legislador español optó por traducir el precepto de la Directiva favoreciendo con las reservas a los CEE de iniciativa social y a las empresas de inserción³¹.

Surge así una ulterior controversia sobre la legalidad de incluir únicamente a los CEE de iniciativa social, excluyendo a los demás³² y poniendo en entredicho la coherencia del precepto.

31. El régimen de los CEE, sus tipologías y las diferencias entre CEE y empresas de inserción requerirían capítulo aparte. Nos remitimos en este punto a las aportaciones de: (CANO, 2011); (BENGOETXEA, 2014: 538-540); (GRIMALDOS, 2015: 8 y ss.); (MORATALLA, 2016: 14-15); (MONZÓN-CAMPOS, & HERRERO, 2016: 319-323); (ASKUNCE, 2016).

32. Recordemos que la propia LCSP, en su Disposición Final 14^a, incorporó un apartado 4 en el art. 43 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), según el cual: “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante

La respuesta en todos los conflictos ha sido idéntica, concluyéndose que “los Estados miembros gozan de libertad para cumplir el mandato dado desde el acervo comunitario que no es otro, que el de reservar licitaciones de determinados contratos a favor de operadores económicos que desempeñan una función social”, siendo ajustado a la Directiva que el legislador español haya añadido a los CEE el calificativo de ser “de iniciativa social”³³:

El porqué de exigir esta iniciativa social expresamente a los CEE y no a las empresas de inserción es que éstas, por mandato legal, siempre deben estar promovidas al menos en un 51% en el caso de sociedades mercantiles por entidades y/o asociaciones sin ánimo de lucro o por fundaciones.

No se acepta así, la ilegalidad de los pliegos de cláusulas que contemplan el requisito de que los CEE deben ser de iniciativa social, puesto que se limitan a recoger la previsión legal *para redundar en la protección de las políticas a favor de la integración y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad* (Resolución TACRC 510/2019, FJ 5º).

Por lo demás, en los casos citados la recurrente (Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo) ha pretendido del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) la presentación de una cuestión prejudicial al efecto de dilucidar si la trasposición del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE en la LCSP es correcta o no. Pretensión sistemáticamente rechazada por no concurrir los presupuestos para la misma:

(...) la normativa europea (artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE) sigue su precavida línea de actuación al no delimitar la forma jurídica de las enti-

regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.»

33. No sólo eso, sino que, como recalca el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 19/2018, de 17 de julio, la Directiva “establece una habilitación genérica de reserva que los Estados miembros están llamados a regular identificando las características definitorias de los beneficiarios de la reserva e imponiendo el momento en el que en todo caso deberá hacerse ésta pública, que será la convocatoria de licitación. A partir de ahí la mayor o menor densidad regulatoria, la complejidad o simplicidad del procedimiento para hacer efectiva la reserva dependerá de los Estados miembros”.

dades susceptibles de ser beneficiarias, en tanto ésta puede ser muy diversa en función del Estado miembro, por lo que la opción elegida por el Legislador nacional de reputar como beneficiarios de los contratos reservados a los CEE de iniciativa social no entra en colisión directa con la normativa comunitaria y desde luego, su interpretación laxa acoge el espíritu del artículo 20 de la Directiva y así se ha llevado a la Disposición Adicional Cuarta, en el sentido de redundar en beneficio de la integración y del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. No existen dudas de interpretación ni contravención de la normativa española frente a la norma comunitaria, ante la exigencia impuesta legalmente de que la entidad titular del CEE, para que éste sea calificado como de iniciativa social, deberá recoger en sus estatutos sociales o en su acuerdo social la obligación de reinvertir íntegramente sus beneficios para destinarlos a la creación de oportunidades de trabajo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad o de su actividad de economía social, teniendo la facultad de optar por la reinversión en su propio CEE o en otros CEE de iniciativa social. En efecto, el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad define a los CEE en base a dos elementos: la titularidad y el destino de los posibles beneficios.

Por lo que se refiere a la titularidad del CEE, la ley establece dos supuestos en que podremos estar ante un Centro Especial de Empleo de iniciativa social: a) Cuando el CEE sea titularidad de entidades de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos. b) Cuando el CEE sea titularidad de sociedades mercantiles en que la mayoría de su capital social sea propiedad de una entidad de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos. Con fundamento en dichas consideraciones este Tribunal aprecia que no concurre el juicio de relevancia para elevar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(Resolución TACRC 860/2018, FJ 7º)

La conclusión sobre el ámbito subjetivo de la reserva debe entenderse extensiva a las eventuales Uniones Temporales de Empresas (UTE) que se presentaran a una licitación, exigiéndose que el carácter de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción concorra en todos y cada uno de los integrantes de la UTE, en cuanto condición legal de aptitud.

B) Objeto de los contratos reservados: la delimitación de los contratos susceptibles de reserva. Breve referencia al porcentaje de reserva

Las dos disposiciones adicionales que recogen las reservas hacen remisión expresa a determinados contratos: la DA 4ª alude a “suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI” y la DA 48ª a “contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV”, recogiendo también los códigos de referencia.

La fórmula empleada permite colegir que las reservas se anudan a esos contratos y no a otros, empleando una técnica de delimitación positiva que habilitaría para entender excluidos todos los contratos y códigos no expresamente recogidos en estas disposiciones. No obstante esa aparente claridad no han faltado conflictos en este punto, destacando el resuelto por Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de Aragón 62/2017, de 11 de mayo de 2017 que, ante la reserva de un contrato de obras (tipo contractual no incluido en las disposiciones adicionales) considera que “ir más allá de la previsión legal de reserva (...) supone una clara contravención de los principios de igualdad de trato, en tanto restringe, de forma indebida, la competencia, estableciendo reglas de favor incompatibles con el principio de transparencia y concurrencia de la contratación pública”(FJ 4º).

Cuestión distinta es la relativa al porcentaje de reserva y que plantea varios interrogantes: por ejemplo, ¿pueden reservar contratos sin que se haya formalizado el acuerdo gubernamental al que se refiere la DA 4ª LCSP o cabe aplicar directamente esta disposición? ¿es posible que dicho porcentaje de amplíe en la práctica excediendo la cifra indicada en el Acuerdo?

Estas cuestiones se han tratado en algunos conflictos. Sirva de ejemplo la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) de Galicia 67/2018, de 3 de septiembre de 2018, que desestima la alegación de que no cabe reserva sin acuerdo previo, acogándose a la importancia de los bienes jurídicos que la reserva pretende proteger (y que son los mencionados en el Considerando 36 de la Directiva) y subrayando que el legislador pretende establecer unos mínimos, pero no máximos. La reserva, por tanto, puede realizarse al margen de que haya o no el acuerdo al que se refiere la DA 4ª LCSP, y ello con base en el art. 99.4 LCSP (Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TACRC) de Castilla y León núm. 108/2018 y 109/2018, ambas de 15 de noviembre de 2018). En el mismo sentido se pronunció el citado Informe JCCA Aragón 19/2018 que, además, hace notar que la posibilidad de reserva de

lotes contenida en el mencionado art. 99.4 LCSP “desborda” la DA 4ª “tanto objetiva como subjetivamente”.

Esta última afirmación, sin embargo, debe matizarse porque llevada al extremo supondría una vulneración de otros fines que también la normativa contractual protege. Precisamente en el caso resuelto por el citado Acuerdo TACP Aragón 62/2017 se apreció que la reserva de todos los lotes de un contrato suponía una contravención del principio de igualdad de trato por restringir indebidamente la competencia y contrariar los fundamentos del art. 46 Directiva 2014/24/UE³⁴.

C) *Supuesta falta de concurrencia competitiva*

He aquí una de las alegaciones habitualmente esgrimidas en relación con las reservas: la supuesta vulneración del principio de concurrencia competitiva e igualdad entre los licitadores en la medida en que, por definición, quedan extramuros del procedimiento aquellas entidades que no cumplan con las condiciones determinadas en las disposiciones respectivas. Sobre esta cuestión cumple poner de relieve algunos aspectos:

- a) La reserva no debe confundirse con los procedimientos de contratación. La concurrencia competitiva se garantiza prioritariamente a través de los procedimientos ordinarios de selección del contratista -abierto y restringido-, sin que sea dable relacionar las reservas con adjudicaciones directas o, incluso, con procedimientos en los que la competencia se ve mermada (así, el procedimiento negociado con o sin publicidad). Estos últimos procedimientos van inextricablemente ligados a los supuestos legalmente tasados -al margen, por tanto, de que estemos o no ante un contrato reservado-, precisamente por su afectación a la concurrencia.
- b) El hecho de que el abanico de entidades que pueden presentarse a licitación sea mayor o menor no comporta una alteración del principio de concurrencia. Las propias resoluciones de los recursos se encargan de enfatizar esta circunstancia:

34. Este artículo es el que regula la división de contratos en lotes que, de acuerdo con el Considerando 78 de la propia Directiva, pretende adaptar la contratación pública a las necesidades de las PYME y sigue la línea marcada por el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”. COMISIÓN EUROPEA (2008). *Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*. Bruselas, 25 de junio de 2008. SEC (2008) 2193.

El carácter de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia, tal y como defiende el recurrente, pues no olvidemos que nos hallamos ante “contratos reservados”.

La libre competencia sigue siendo el pilar fundamental de la legislación comunitaria y de la contratación pública en nuestro Derecho interno. En este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato que goza del carácter de reservado. Ello no quita para que se aplique la libre competencia entre ellas, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento.

(FJ 6º Resoluciones TACRC 860/2018, de 1 de octubre de 2018 y 914/2018, de 11 de octubre de 2018, en relación con la DA 4ª LCSP; acogiendo el argumento para la DA 48ª, FJ 5º Resolución TACRC 688/2019, de 20 de junio de 2019)

- c) Todo lo comentado no impide que las propias resoluciones de los recursos deslicen en ocasiones expresiones paradójicas: así, cuando se afirma que “la reserva del contrato (...), al suponer una excepción al principio de libre concurrencia que rige la licitación pública, debe ser objeto de interpretación restrictiva”³⁵. A nuestro juicio, la restricción viene dada desde la propia literalidad de los términos de la reserva que comporta, a la postre, una determinación clara de los eventuales licitadores y del objeto contractual. Elementos reglados, en suma, que impiden una extensión extramuros de los mismos.

Por lo demás, este es el resultado que arroja una lectura conjunta de las disposiciones adicionales y el art. 132.1, segundo párrafo LCSP, conforme al cual: “En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta”. No se entiende bien por qué solo aparece referenciada esta DA cuando la 48ª supone también restricciones importantes respecto de los licitadores llamados a participar, como veremos a continuación.

35. Resolución TACRC núm. 510/2019, *cit.*, FJ 5º.

D) Carácter facultativo de la reserva de la DA 48ª LCSP y deber de motivación

Como decíamos la DA 48ª LCSP permite que los órganos de contratación reserven determinados contratos de servicios sociales, culturales y de salud a las organizaciones que cumplan los requisitos establecidos en la propia disposición adicional. El carácter facultativo de esta reserva y lo que implica la misma se han utilizado como base para argumentar que en estos casos se exige un deber especial de motivación.

El TACRC no sólo discrepa de esta visión, sino que implícitamente evita considerar este tipo de reserva como una suerte de excepción, normalizando su empleo:

[La DA 48ª] simplemente permite que se emplee este procedimiento en determinados contratos a la vista del código CPV de los mismos, por lo que, verificada la real correspondencia entre objeto, código y disposición legal, sería perfectamente admisible la utilización del procedimiento reservado, siempre que, claro está, se dé cumplimiento al resto de requisitos legalmente previstos. El deber de justificar la utilización de este procedimiento sería el general del art. 116.4 de la LCSP. Pues bien, véase que dicho precepto exige que se justifique adecuadamente en el expediente el procedimiento de licitación elegido, no debiendo justificarse necesariamente en el PCAP o en un determinado documento, sino sencillamente en el expediente de contratación

(Resolución TACRC 688/2019, de 20 de junio de 2019)

No ocurre lo mismo en la Resolución TACRC núm. 881/2019, de 25 de julio de 2019, que viene a recalcar la excepcionalidad que comporta la reserva. En este caso, el recurso se formuló contra el anuncio y los pliegos del contrato del “Servicio para la gestión de Puntos de Encuentro Familiar (judiciales) de la Comunitat Valenciana”, siendo objeto de controversia la cláusula por la que la licitación se restringía a entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente. La resolución estima los recursos desde todas las perspectivas implicadas (FJ 5º):

- a) Materialmente, porque el objeto de contrato no es subsumible en ninguna de las categorías de reserva (tampoco en la DA 4ª LCSP), ni tiene la consideración de contratos de servicios de carácter social con alguno de los códigos incluidos en el listado de la DA 48ª LCSP.
- b) Formalmente, no se reúne ninguna de las condiciones legales impuestas, poniendo de relieve que tanto el espíritu de las Directivas como la voluntad del

legislador español son claros al exigir del órgano de contratación un esfuerzo “primero, por demostrar que la reserva del contrato que se pretende licitar tiene encaje en alguna de las categorías establecidas y, después, por publicitar dicha situación, al imponer que en el propio anuncio de licitación se haga referencia expresa a la aplicación de la excepción. Siendo que ni en el anuncio ni en el expediente se encuentra explicación alguna de la restricción impuesta, la disconformidad con el ordenamiento jurídico es incontestable.

III. El escenario que diseña la LCSP: ¿estamos ante la cuadratura del círculo?

Prácticamente de ineludible cita, el art. 1.3 LCSP subraya el carácter estratégico de la contratación pública incidiendo en que:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

La transversalidad de los criterios sociales se apunta asimismo en otros artículos de la ley, revelando su presencia en los elementos más importantes del contrato (solvencia del contratista, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución...) ³⁶, haciendo buena la afirmación de que “la visión estratégica de la contratación pública late en toda la norma” ³⁷.

En relación con la normativa anterior, señalábamos que la versatilidad y ubicuidad de los criterios sociales había terminado convirtiéndose en un problema de ubicación ³⁸, si bien las nuevas Directivas permitían aventurar un avance importante:

36. Hacen un recorrido exhaustivo, (GIMENO, 2017); (ROMEO, 2018 a); (BURZACO, 2016).

37. (GALLEGO, 2017 b): 97).

38. (BURZACO, 2016: 306).

- Por una parte, porque el compromiso es mayor, no sólo como declaración de principios que aporta criterios interpretativos de indudable valor, sino también creando obligaciones nuevas respecto de elementos no necesariamente novedosos: por ejemplo, la obligación de incluir en todo contrato al menos una condición especial de ejecución de carácter social, ambiental o de innovación (art. 202.1, segundo párrafo LCSP)³⁹.
- Los obstáculos fundamentales con los que las cláusulas sociales se habían topado se centraban esencialmente en las dificultades para vincularlas al objeto del contrato y mantener su compatibilidad con determinados principios de la contratación (igualdad y concurrencia, fundamentalmente)⁴⁰. El avance aquí viene de la propia conceptualización del requisito de vinculación al objeto del contrato y, sobre todo, la amplitud con la que éste se concibe al ligarse a la noción de “ciclo de vida”.

Vigente la LCSP, los primeros conflictos suponen una cierta frustración de las expectativas, dejando una sensación de *déjà vu*: así cuando las cláusulas sociales se pasan por la prueba de la vinculación al objeto del contrato, se han reproducido idénticos problemas. Por más que la vinculación ya no se diga directa y la referencia al ciclo de vida amplíe considerablemente la potencialidad de las cláusulas, la forma de entender dicha vinculación sigue anclada en la rigurosidad de la doctrina anterior, manteniéndose así esa suerte de antagonismo entre concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores, visión economicista y clausulado social en la contratación pública⁴¹. Abonando esta misma idea, en su Informe sobre la Contratación Pública en España 2017, la Junta Consultiva de Contra-

39. Resalta esta obligatoriedad por contraste con la situación en la legislación anterior, Acuerdo TACP Comunidad de Madrid núm. 285/2018, de 19 de septiembre de 2018.

40. El problema es más intenso cuando hablamos de criterios de adjudicación de los contratos. Sobre este particular, RAZQUIN & VAZQUEZ, 2017: 164 y ss; GALLEGO, 2017 b): 99-100; BURZACO, 2018 a): 143-170.

Para entender los obstáculos que los criterios sociales se encuentran en la práctica hemos de recordar brevemente sus presupuestos de validez (art. 145.5 LCSP), a saber: a) vinculación al objeto del contrato, tal y como se define en el art. 145.6 LCSP; b) formulación de manera objetiva, respetando los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; c) deben garantizar que las ofertas puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva, acompañando especificaciones que permitan comprobar la información proporcionada por los licitadores para su evaluación a la luz de los criterios de adjudicación.

41. Pone de relieve ese antagonismo, VAÑÓ, 2016.

tación Pública del Estado (JCCPE) ha detectado como principales problemas de la contratación pública socialmente responsable algunos de los que ya se producían con anterioridad: complejidad de la normativa, ambigüedad, falta de criterios claros, dificultad en definir las cláusulas sociales que tengan relación con el objeto del contrato o la falta de la debida profesionalización del personal dedicado a contratación⁴².

De los muchos conflictos obrantes sobre cláusulas sociales, podemos entre-sacar algunas ideas:

- a) Sin pretender colocarnos en la mente de los redactores de los pliegos y los órganos de contratación que los aprueban, la integración de cláusulas sociales se lleva a cabo de manera bienintencionada y subyace en ellas la pretensión de dar respuesta a problemas sociales existentes, cuando no dar cierta garantía de derechos que se han visto recortados en períodos de crisis⁴³. Las más de las veces dichos problemas parten de la situación de desventaja de determinados colectivos (personas con discapacidad, mujeres, colectivos en riesgo de exclusión social...).

En este sentido, la ley permite opciones que quizás no se advierten en una lectura lineal o apegada a inercias pasadas de la contratación pública. Sirva de ejemplo el mencionado Decreto 75/2019, de Cantabria que, jugando con el objeto del contrato, ofrece variaciones interesantes referidas a las reservas⁴⁴.

42. JCCPE, 2018: 77-78. En cuanto a la falta de profesionalización del personal, el problema viene más de la capacitación especializada que requiere la contratación pública (crecientemente compleja) sin que deba verse como crítica a su labor. Así lo demuestra la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. *DOUE* núm. L259/28, de 7 de octubre de 2017.

43. DIZ, 2017: 91.

44. Tras un precepto general sobre las reservas (trasunto de la DA 4ª LCSP), el Decreto 75/2019 distingue dos supuestos distintos de contratación reservada a CEE de iniciativa social y Empresas de inserción, aportando el modo en que las cláusulas deben redactarse para cumplir la finalidad correspondiente:

a) la contratación reservada como finalidad del contrato (art. 8): “El contrato tiene como finalidad la inclusión laboral de personas con discapacidad o con riesgo de exclusión social y laboral, empleadas en centros especiales de empleo de iniciativa social o en empresas de inserción...”.

b) como objeto adicional del contrato (art. 9): “Es objeto de este contrato la contratación del servicio (...), mediante la ocupación de personas...” [prosigue con la misma fórmula anterior].

Se añaden también otras cláusulas que protegen la reserva. Véase Anexo II, Decreto 75/2019: <https://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=339360>

- b) La vinculación al objeto del contrato lleva a exigir la justificación en el expediente de la mejora que implica la cláusula social en la prestación del contrato o, como refiere GIMENO⁴⁵, “la ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato” que comporta para el poder adjudicador. Empresa que no es sencilla⁴⁶, como demuestran muchos de los casos en los que se han anulado cláusulas sociales por entender que no pasaban tal prueba de la vinculación, sin perjuicio de reconocer el “loable y encomiable objetivo” y “las buenas intenciones” del órgano de contratación⁴⁷. Situación, además, paradójica ya que, por lo general, los conflictos versan sobre criterios que el propio art. 145.2.1º LCSP recoge en su lista ejemplificativa⁴⁸.
- c) La redacción de cláusulas sociales no es fácil y las pruebas de ensayo/error están permitiendo mejorar considerablemente la elaboración de las mismas⁴⁹, evitando caer en algunos errores frecuentes: por citar sólo algunos ejemplos, asignar un porcentaje desproporcionado al criterio de contenido social sin la debida motivación o sin concretar adecuadamente el modo de evaluación del criterio⁵⁰; introducir componentes localistas⁵¹; forzar la vinculación defi-

45. (GIMENO, 2017: 254).

46. (GIMENO, 2017: 259) subraya la dificultad práctica de justificar la relación con la prestación de criterios como el empleo de trabajadores discapacitados o la estabilidad de la plantilla, y considera que este tipo de aspectos deberían valorarse en fase de solvencia de los contratistas. (DÍEZ, 2017: 205-207.) apunta que la rigurosidad en el entendimiento de la vinculación al objeto del contrato se conecta con el afán de evitar ayudas de Estado encubiertas.

47. Expresiones sacadas de Resolución TCCP núm. 44/2017, de 1 de marzo, FJ 10º.

48. Conformar al tercer párrafo de dicho art. 145.2.1º LCSP: “Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

49. (LESMES, 2019).

50. Sobre proporcionalidad, (GALLEGO, 2017 b): 104).

51. Resolución Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) núms. 86/2018, de 16 de mayo y 187/2018, de 3 de octubre de 2018.

niendo deficientemente el objeto del contrato; incluir criterios que interfieren en la organización empresarial⁵²; establecer criterios sin la suficiente matización de su contenido⁵³...

La certera redacción de las cláusulas se erige así en una labor de precisión que exige atender cabalmente al objeto del contrato y, en su caso, matizarlo, justificar adecuadamente el enlace de las cláusulas sociales con el objeto contractual y aportar los elementos de valoración proporcionados al criterio en cuestión.

- d) Con todo, una parte de la “responsabilidad” en que las cláusulas sociales prosperen se encuentra en la interpretación de los propios órganos de recursos contractuales y, en su caso, de los tribunales de lo contencioso-administrativo. En este sentido algunas resoluciones revelan mayor apertura, destacadamente en todas aquellas prestaciones en las que la mano de obra es de relevancia significativa⁵⁴.

Alguna resolución reciente ha puesto de manifiesto la consecuencia de una lectura mantenida en el molde rígido anterior: es buen ejemplo el Acuerdo TACP Comunidad de Madrid 108/2019, de 20 de marzo de 2019 en relación con un criterio de adjudicación que valoraba medidas concretas de política de conciliación de la vida familiar y laboral en el contrato de servicio de limpieza en una dependencia del Ayuntamiento de Madrid. Frente a la alegación de la recurrente de que dicho criterio no guarda relación alguna con el servicio contratado por no redundar en una mejor prestación del servicio, el tribunal hace ver que ésta *“es una afirmación apriorística que simplemente vacía de contenido la previsión legal sobre la inclusión de este tipo de cláusulas sociales”*⁵⁵. A nuestro juicio, esta es una clave trascendental: las interpretaciones rigoristas de las cláusulas sociales que se

52. Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de Aragón núms. 72/2016, de 14 de julio de 2016 y 62/2017, de 11 de mayo de 2017; Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TARC) de la Junta de Andalucía núm. 46/2016, de 18 de febrero de 2016.

53. Resolución TACRC núm. 679/2017, de 27 de julio de 2017.

54. Entre otros, Acuerdo TACP Comunidad de Madrid núm. 319/2017, de 2 de noviembre de 2017.

55. Aunque las limitaciones de este trabajo no nos permiten extendernos en esta Resolución, merece destacarse que va desestimando cada una de las alegaciones siguientes en las que se achaca discriminación con colectivos similares de las empresas licitadoras de limpieza y restricción ilegítima de la competencia. En cuanto a estos argumentos, el Acuerdo subraya que sin que la recurrente aporte términos de comparación ni pruebe discriminación, estamos ante una mera especulación.

ajustan con rigidez a la mejora de la prestación como la prueba de vinculación al objeto del contrato, suponen el riesgo evidente de vaciar de contenido las previsiones legales. Quizás en ese tránsito estamos aún, circunstancia que explica que haya disparidad de criterios en relación con determinadas cláusulas⁵⁶.

La auténtica dificultad está, como casi siempre, en lograr el necesario equilibrio: decía la Resolución TACRC núm. 198/2017, de 2 de marzo de 2018, que “la cuestión estriba en evitar que la utilización indiscriminada de las cláusulas sociales acabe desvirtuando la contratación pública y los fines que persigue”. Sin embargo, también es cuestión relevante conseguir que los fines cumplan con el mandato legal y en este punto los preceptos de la LCSP mencionados a lo largo de este trabajo son nítidos.

La necesidad de que la Administración motive adecuada y suficientemente en el expediente la finalidad pretendida, y el ajuste de los medios a tales fines adquiere así una importancia radical. Lo que ocurre no sólo cuando se incluye contenido social en el contrato, sino muy especialmente cuando las soluciones organizativas son diversas, quedando a la decisión discrecional del órgano de contratación la opción por una u otra (vgr. Acción concertada o reserva al amparo de la DA 48ª LCSP). Decisiones que la mejor doctrina enmarca en el concepto de “buena administración”⁵⁷: dejando al margen discusiones dogmáticas sobre su naturaleza jurídica, este concepto embrida la discrecionalidad administrativa superando su tradicional concepción como marco de indiferencia jurídica. Así, no se trata de que la Administración escoja entre un abanico de posibilidades todas ellas válidas, sino que ha de optar por la más acertada atendiendo a todos los intereses en juego. La buena administración se erige así en “guía para los gestores

56. Algunas discrepancias resultan especialmente llamativas: así en temas como la aplicación de los convenios colectivos, la mejora salarial...que han dado pie a no pocos casos ante el TJUE (MORCILLO, 2016).

Sin ánimo agotador, véanse Resoluciones TACP Canarias núm. 50/2017, de 20 de abril y 76/2018, de 9 de mayo sobre convenios colectivos.

57. (GIMENO, 2018. Sobre la buena administración es referencia obligada CARRILLO, 2010, quien analiza su naturaleza jurídica. También PONCE, 2001 y, en relación con la discrecionalidad administrativa, de este mismo autor 2014 y 2016.

El “derecho a una buena administración” se establece en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. C 364/01, de 18 de diciembre de 2012), dentro del Capítulo V relativo a “Ciudadanía”, e incluye, entre otras, la “obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”. Puede consultarse en:

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

públicos en la toma de decisiones”⁵⁸. En este punto las obligaciones de fomento que encierran algunas leyes -señaladamente la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social- y los contrastados resultados de las entidades de economía social en la inserción laboral de personas en riesgo de exclusión social⁵⁹ deberían ser un aval importante al barajar las opciones posibles.

IV. El control de la ejecución y sus problemas

El devenir que ha supuesto la vigencia y aplicación de la LCSP ha permitido evidenciar que, a las dificultades para aprovechar el potencial de la misma en la preparación de cada contrato, les siguen indefectiblemente, los problemas para controlar su cumplimiento en fase de ejecución⁶⁰; algo, por lo demás, que no sólo afecta a las cláusulas sociales⁶¹.

El interés actual por las cláusulas sociales en la contratación pública hace en ocasiones olvidar que algunas de ellas constituyen obligaciones legales cuyo cumplimiento no es opcional. Son buen ejemplo de ello el porcentaje de personas con discapacidad que han de contratar las empresas de 50 o más trabajadores o los planes de igualdad para empresas de más de 250 trabajadores (art. 71.1 d) LCSP). El hecho de que la vulneración de este tipo de requisitos se contemple como prohibición para contratar merece un juicio positivo que, sin embargo, se torna

58. (PONCE, 2014: 36).

59. (CHAVES & MONZÓN, 2017: 94).

60. Esta circunstancia ya había sido anticipada doctrinalmente, entre otros, (SOLORZANO, NAVÍO & CONTRERAS, 2015: 48-49). (GIMENO, 2017: 267 y 286) hace especial hincapié en la fase de ejecución para la “estrategia social del contrato”, achacando al “déficit regulatorio del contenido social de los contratos públicos” el mal funcionamiento de los mismos.

61. (LÓPEZ, 2019: 43).

También los informes del Tribunal de Cuentas dan muestra de ello. Véase, por ejemplo, Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2015, que en Recomendación sexta (p. 52) señala expresamente: “Llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades”. Disponible en:

<https://www.tcu.es/repositorio/0deb317d-6dd6-46fa-a83a-1e197e6f2b2a/I1272.pdf>

menos optimista cuando se constatan las dificultades que la materialización de dichas prohibiciones tiene en la práctica⁶².

Por una parte, porque la prohibición carece del automatismo que a veces se le supone: el respeto a las debidas garantías de defensa obliga a cumplir el cauce procedimental establecido en cada caso. Los supuestos menos problemáticos son aquellos en los que la prohibición deriva de una resolución judicial firme (cosa distinta es el tiempo que ello lleve), pero otras causas de prohibición han de venir declaradas en resolución administrativa tras incoar el oportuno expediente. Y, lo cierto es que, con frecuencia, el órgano de contratación que ha tenido problemas en la ejecución de un contrato, cuando éste termina tiende a evitar la apertura de un nuevo frente dejando pasar la oportunidad de que la empresa causante de las deficiencias del contrato sufra las eventuales consecuencias de su actuación. De este modo el problema puede volver a reproducirse en contratos posteriores, sin que quepa ya lamentarse por no haber empleado los mecanismos que la ley ofrece.

Por otro lado, la inclusión de cláusulas sociales no puede quedarse en la mera redacción de los pliegos que, siendo relevantes, no suponen el final del camino. Más al contrario, el problema se traslada a la ejecución y a la dificultad de verificar el cumplimiento de lo establecido en los pliegos y la propia proposición de quien resulta adjudicatario del contrato.

La preocupación por los procedimientos de control es recurrente⁶³ y pasa tanto por soluciones organizativas como por establecer indicadores y aprovechar los mecanismos que la propia LCSP contempla⁶⁴. Así, por ejemplo, el art. 202.3 LCSP prevé que para el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, los pliegos pueden: a) establecer penalidades (art. 192.1 LCSP); b) o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos del art. 211.f)

62. En el caso del porcentaje de personas con discapacidad se han planteado dudas, incluso, sobre el modo de cálculo al efecto de acreditar el cumplimiento del requisito. En este sentido, Informe JCCPE núm. 109/18. “Determinación del cumplimiento del requisito de que, al menos, el 2% de los trabajadores sean discapacitados en empresas de más de 50 empleados”.

63. Informe JCCA Aragón núm. 1/2015, de 17 de marzo que en relación con una cláusula social señala: “la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso” (apartado III c).

64. (PALACÍN, 2016: 47-52; y 2017: 9), quien recalca la importancia que pueden tener las cartas de servicios (más incluso que las guías e instrucciones) y los sistemas institucionalizados de gestión de calidad.

LCSP, que habilita a la resolución del contrato; de no tipificarse como causa de resolución, los pliegos pueden considerarlo como infracción grave a los efectos del art. 71.2 c) LCSP (prohibiciones para contratar). Sin embargo, estas opciones deben trascender la propia inclusión en los pliegos: de nada sirve establecer una condición especial de ejecución del contrato con carácter de obligación esencial del mismo de manera que su incumplimiento permite la resolución de dicho contrato, si no se prevén los instrumentos de fiscalización del cabal cumplimiento de la condición⁶⁵.

Tampoco las reservas de contratos analizadas anteriormente se libran de esta dificultad: ¿cómo se verifica el cumplimiento del porcentaje de reserva? QUINTANA y RODRÍGUEZ⁶⁶ proponen que los futuros desarrollos normativos prevean expresamente los efectos del incumplimiento del porcentaje de reserva determinándose el incremento de la reserva mínima para el ejercicio siguiente en proporción correspondiente a dicho incumplimiento. Propuesta que completan con la posibilidad de proceder de acuerdo con el art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, intimando a los poderes adjudicadores incumplidores para, después, en su caso, interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

A nuestro juicio, la solución a este supuesto de incumplimiento de la reserva es sumamente complejo: en primer lugar, porque no sólo los porcentajes difieren según lo establecido por los acuerdos de las distintas Administraciones públicas (las que lo han adoptado), sino que ni siquiera hay homogeneidad en el modo de computar dicho porcentaje; por otro lado, tampoco es evidente que pueda recurrirse al art. 29 LJCA (es muy dudoso que estemos ante una “disposición general que no precise de actos de aplicación”, único supuesto del precepto en que podría subsumirse, en nuestra opinión) o, de admitirse, qué efectos tendría sobre la actividad contractual de las Administraciones Públicas: ¿cabe obligar a realizar contratos innecesarios? ¿se anularían contratos ya adjudicados y cuya validez no se ha puesto en entredicho?...

En cualquier caso, los problemas del control de la ejecución se sitúan en tres niveles diferenciables:

65. En relación, por ejemplo, con la subrogación de trabajadores con discapacidad, (VAZQUEZ, 2019: 4-5); (QUINTANA & RODRÍGUEZ, 2019: 155-156).

66. (QUINTANA & RODRÍGUEZ, 2019: 148).

- a) El propio cumplimiento de la LCSP y su pretensión de que la contratación pública trascienda su finalidad primigenia de aprovisionamiento transformándose en estratégica⁶⁷. Esta es una cuestión compleja en la medida en que el recurso a determinados mecanismos es discrecional; hemos visto ya el caso de las reservas de la DA 48ª LCSP.
- Sin perjuicio de las importantes competencias que ejerce la intervención de cada nivel territorial, en esta labor de control cobra singular protagonismo la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRSCP; art. 332 LCSP), cuyas funciones están estrechamente ligadas a verificar el cumplimiento de la LCSP⁶⁸ y que, entre otras cosas, aprueba la Estrategia Nacional de Contratación Pública, definido como “instrumento jurídico vinculante”, y entre cuyos cometidos debe diseñar medidas que permitan “utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación” (art. 334.2 e) LCSP).
- b) El cumplimiento del contenido social de cada contrato en fase de ejecución. En este punto se destaca el papel que ha de tener el responsable del contrato, figura parcamente regulada en el art. 62 LCSP, que puede ser tanto una persona física como jurídica, vinculada o ajena al órgano de contratación, y al que le corresponde supervisar la ejecución del contrato, así como adoptar las decisiones y dictar las instrucciones para asegurar la realización correcta de la prestación⁶⁹.

67. (GUTIÉRREZ, NEVADO & PACHE, 2019: 257) ponen de relieve que la multiplicidad de guías, instrucciones etc. no ha ido acompañada de un instrumento que permita medir su seguimiento. Estos autores hacen una interesante propuesta de indicadores sociales en las distintas fases del contrato (270 y siguientes).

68. De acuerdo con el art. 332.6 LCSP, corresponde a la OIRSCP: a) Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público; b) Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémico; c) Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación; d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas; e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

69. De acuerdo con el art. 62.1 LCSP, la designación del responsable del contrato es independiente de la “unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos”. (PALACÍN, 2016: 28 y ss.) realiza un ilustrativo análisis de cómo se recoge en los perfiles del contratante esta figura, evidenciando sus deficiencias y limitaciones. (LÓPEZ, 2019: 45) hace ver la importancia de las unidades de supervisión, independientes del responsable del contrato.

- c) El cumplimiento de la finalidad última que encierre el contenido social del contrato, cuestión que remite, en suma, a la efectividad de las cláusulas sociales en la consecución de los objetivos estratégicos y de políticas públicas que encerraba el contrato⁷⁰. Como pone de relieve la doctrina la consecución de impactos significativos dependerá de la capacidad de evaluación de lo realizado a través de un sistema adecuado de monitorización⁷¹.

Esta preocupación por verificar resultados se trasluce también en algunos puntos de la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020, cuando se alude a la elaboración de un mapa regionalizado que refleje el nivel de implantación de la contratación socialmente responsable “y refleje el porcentaje de empresas de la economía social que acceden a contratos públicos y los puestos de trabajo generados”⁷².

V. Conclusiones

La Memoria de 2016 del TACP Comunidad de Madrid apreciaba en la compra pública una tensión entre dos filosofías: la que atiende a conseguir el máximo ahorro y aquella que busca la adquisición de bienes y servicios con la mejor relación calidad-precio⁷³.

En puridad, ambos criterios no deberían colocarse como antagonistas: como se encarga de recordar la Directiva 24/2014/UE y la propia LCSP, la contratación pública estratégica va ligada a la eficiencia en el manejo de los fondos públicos⁷⁴ y los penosos resultados de una contratación basada en adjudicar al lici-

70. (PALACÍN, 2017: 9) ha destacado la necesidad de medir el impacto de la contratación pública socialmente responsable mediante sistemas de gestión de calidad.

71. (GALLEGO, 2017 b): 112); (DÍEZ, 2017: 217). Aunque no podemos entrar en un aspecto de este calado, véase el interesante trabajo de (ROMEO, 2018 b), en el que se explica el sistema empleado en el condado de Lancashire para medir el impacto de la contratación pública en las PYME locales.

72. Eje 1, punto 5.4, que se completa con el 5.5 que establece como medida “elaborar un mapa regional con las diversas cláusulas sociales y reservas de mercado que tengan implantación en los distintos territorios” y cuya finalidad parece ir ligada a comprobar las diferencias territoriales y el nivel de compromiso de las distintas Administraciones públicas.

73. TACP Madrid (2016: p. 60).

74. Es elocuente el contenido de la Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de

tador que ofertara el precio más barato han demostrado la necesidad de cambiar el modo de operar.

A nuestro juicio, sin embargo, la supuesta transversalidad del principio de igualdad y de las cláusulas sociales en la LCSP no juega siempre con la misma intensidad y efectividad, de modo que la ley parece mantener el esquema tradicional, al menos formalmente:

- a) Por un lado, la igualdad de licitadores que, como decíamos, tiende a ligarse a la concurrencia y se funda en conseguir proposiciones más competitivas, cuyas ventajas beneficiarían a la Administración. No obstante, las más de las veces dichas ventajas se han unido a la consecución de un mejor precio (y, por tanto, en línea económica). El cambio de paradigma obliga a que la ventaja lo sea de modo integral, aunando todos los componentes del contrato.
- b) Por otro, las manifestaciones de discriminación inversa (señaladamente las reservas) tienden a verse con suspicacia precisamente por el eventual riesgo que suponen para la concurrencia y la igualdad entre licitadores, olvidando así su engarce con el propio principio de igualdad y desatendiendo la circunstancia de que en ellas se respeta la concurrencia, sin perjuicio de que el abanico de licitadores pueda estar supeditado al cumplimiento de determinados requisitos.

En la Comunicación de la Comisión Europea “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa” [COM (2017) 572 final], se advierte que “las posibilidades de contratación estratégica no se utilizan suficientemente”, constatándose que “el 55 % de los procedimientos de contratación siguen utilizando el precio más bajo como único criterio de adjudicación. (...) Sin embargo, la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrautilizadas”. Es significativo que la primera de las iniciativas que recoge esta Comunicación sea “Garantizar una mayor aceptación de la contrata-

Estabilidad de 2019 de España de 5 de junio de 2019 [COM (2019) 509 final] que en su Considerando 5 señala: “En el ámbito de la contratación pública, la aplicación ambiciosa de la Ley de Contratos del Sector Público adoptada en 2017 resultará decisiva para aumentar la eficiencia del gasto público y prevenir las irregularidades”, y en su primera Recomendación se dice “Tomar medidas destinadas a fortalecer los marcos presupuestario y de contratación pública en todos los niveles de gobierno”.

ción pública estratégica”, en la convicción de que la contratación pública es un “instrumento crucial” para aplicar las políticas que concilien la creación de una sociedad más justa basada en la igualdad de oportunidades, un crecimiento económico sostenible y una amplia participación en el mercado garantizando la sostenibilidad de las finanzas públicas⁷⁵.

Al margen de “convicciones”, es evidente que el camino encierra dificultades de diverso signo:

- a) Si queremos dar una oportunidad real a la contratación socialmente responsable habrá que superar la rigidez de algunas inercias interpretativas en relación con ciertos elementos del contrato. La persistencia en el modo rigorista de entender algunos requisitos comporta el riesgo de vaciar de contenido determinadas previsiones legales.
- b) Es especialmente relevante diseñar mecanismos de control del cumplimiento normativo y contractual. Mecanismos preferiblemente estandarizados y adecuados al objeto de fiscalización.

Ésta se situaría en tres niveles distintos: 1) control del cumplimiento de la LCSP (y su eventual desarrollo) y, particularmente, de su carácter estratégico al servicio de políticas públicas de diverso signo; 2) control del cumplimiento y de la ejecución cabal de las previsiones de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como “ley del contrato”; 3) control de los efectos de los contratos en relación con los objetivos estratégicos a los que aquellos se dirigen. Si nos centramos en las reservas de contratos, esto implicaría comprobar no sólo el cumplimiento del porcentaje que la ley y cada Acuerdo marque, sino el análisis de la evolución de la empleabilidad de los colectivos favorecidos por aquellas. Este examen basado en datos (no sólo cuantitativos sino también de calidad en la ejecución de las prestaciones) se hace aún más necesario cuando la ley ofrece diversas opciones organizativas -contractuales y no contractuales- y cumple escoger aquella que mejor garantice los intereses en juego.

A nuestro juicio en este aspecto se está jugando la credibilidad de la contratación pública estratégica.

75. Conclusión de la citada COM (2017) 572 final.

Bibliografía

- ASKUNZE, C. (2016): “Empresas de inserción en la economía social. Herramientas para la inclusión sociolaboral”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, pp. 1-32.
- BURZACO, M. (2016): “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 86, pp. 281-310.
- BURZACO, M. (2018 a): “Los criterios de adjudicación”. En AAVV (coord. ALONSO, A.J.). *Contratación pública*, Dykinson, Madrid, pp. 143-170.
- BURZACO, M. (2018 b): “Los Centros Especiales de Empleo en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. En AAVV (ed. REY PÉREZ, J.L. & MATEO, L.). *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, pp. 41-53.
- BURZACO, M. & COLINO, A. (2017): “La inserción de las personas con discapacidad en el empleo público. Análisis jurídico-económico de la situación en la Comunidad de Madrid”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 91, 203-234.
- CANO, C. (2011): “En torno al concepto y la caracterización jurídica de la empresa (*rectius*: sociedad) de inserción”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 22, pp. 1-32.
- CARRILLO, J.A. (2010): “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”. En AAVV (SANTAMARÍA, J.A.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid. LA LEY 1112/2011.
- CEPES (2018): *Guía de compra pública responsable y del fomento de la contratación pública de entidades y empresas de la Economía Social*. CEPES, Madrid. Disponible en:
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://www.cepes.es/files/publicaciones/106.pdf> (última consulta: 28 de mayo de 2018)
- CHAVES, R. & MONZÓN, J.L. (Dir.) (2017): *Evolución reciente de la economía social en la Unión Europea*, Comité Económico y Social Europeo, Bruselas. Disponible en: <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-04-17-875-es-n.pdf>

- CHAVES, R. & MONZÓN, J.L. (2018): “La economía social ante los paradigmas económicos emergentes: innovación social, economía colaborativa, economía circular, responsabilidad social empresarial, economía del bien común, empresa social y economía solidaria”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 93, pp. 5-50.
- CUBA, B. (2017): “Contratos reservados: centros especiales de empleo y empresas de inserción”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 150, julio-agosto 2017. La Ley 1856/2017.
- DÍEZ, S. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, pp. 195-219.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA. COMUNIDAD DE MADRID (2018): *Estrategia madrileña de atención a personas con discapacidad 2018-2022*. Disponible en: http://www.madrid.org/es/transparencia/sites/default/files/plan/document/bvcm014098_0.pdf
- DIZ, I. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de los derechos sociales?”, *Revista Española de Sociología*, núm. 26, pp. 77-95.
- FAJARDO, G. (2012): “El concepto legal de economía social y la empresa social”, *Revista Vasca de Economía Social (GEZKI)*, núm. 8, pp. 63-84.
- FAJARDO, G. (2018): “La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 128, pp. 1-28.
- GALLEGO, I. (2017 a): “Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 152, Noviembre -Diciembre 2017. La Ley 14739/2017.
- GALLEGO, I. (2017 b): “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, Enero-Diciembre 2017, pp. 92-113.
- GELASHVILI, V., CAMACHO-MIÑANO, M.M. & SEGOVIA-VARGAS, M.J. (2016): “Análisis económico-financiero de los centros especiales de empleo de España”. *Revista Española de Discapacidad*, núm. 4 (2), pp. 7-24.

- GIMENO, J.M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Thomson Aranzadi/Ministerio de Economía y Competitividad/Universidad de Zaragoza, Cizur Menor (Navarra).
- GIMENO, J.M. (2016): “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, *Observatorio de Contratación Pública. Sección Opinión*, 09/02/2016. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/chk.1771f46f118ba8be5949aec744423521>
- GIMENO, J.M. (2017): “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, pp. 241-287.
- GIMENO, J.M. (2018): “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, pp. 12-65.
- GRIMALDOS, M.I. (2015): “Los Centros Especiales de Empleo. Aproximación a su régimen jurídico”. *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 26, pp. 1-28.
- GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M.T. & PACHE, M. (2019): “La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Política, Social y Cooperativa*, núm. 96, pp. 253-280.
- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO (2018): *Informe relativo a la contratación pública en España 2017*, abril 2018. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES>
- LAZO, X. (2016): “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”, *Observatorio de Contratación pública. Sección opinión*. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/chk.6baca120e1f947b8ac20c7e9c81ce49d>
- LESMESS, S. & ÁLVAREZ, L. (2014): *Guía de contratación pública socialmente responsable*, REAS Euskadi/ Agencia Vasca de Cooperación al Desarrollo, Bilbao.

- LESMESS, S. (2019): *La inclusión de la perspectiva de género en la contratación pública*. Conferencia disponible en:
https://www.youtube.com/watch?v=E1vvUgLtab0&list=PLKj_tfKD4expM9I50Bb-eN5D4qG25Aig7&index=2&t=3853s
- LOPERENA, D. (2010): “Cláusula social y crisis económica”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2010. BIB 2010\2447.
- LÓPEZ, B. (2019): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: especial referencia a la discapacidad”, *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, Núm. extraordinario: “Un año de compra pública con la LCSP”, Vol. I, Marzo 2019, pp. 21-49.
- LÓPEZ, M.C., MASIDE, J.M. & TORRELLES, J. (2019): “Análisis económico y social de los centros especiales de empleo: un estudio en Galicia”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 131, pp. 1-25.
- MONZÓN, J.L. & HERRERO, M. (2016): “Identificación y análisis de las características identitarias de la empresa social europea: aplicación a la realidad de los Centros Especiales de Empleo de la economía española”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 87, 295-326.
- MORATALLA, P. (2016): “Centros Especiales de Empleo”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, pp. 1-38.
- MORCILLO, J. (2016): “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 47-48, pp. 180-209.
- NÚÑEZ, M.C. (2016): “El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, septiembre-diciembre 2016, pp. 421-430.
- PALACÍN, B. (2016): “La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?”, *Gabilex*, núm. 7, septiembre 2016, pp. 11-57.
- PALACÍN, B. (2018): “Contratación pública social”, *Contratación Administrativa Práctica*, N.º 153, Enero -Febrero 2018. La Ley 19882/2017.
- PONCE, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.

- PONCE, J. (2014): “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas. Nueva Época*, núm. 11, enero-junio 2014, pp. 23-42.
- PONCE, J. (2016): “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.
- QUINTANA, J.L. & RODRÍGUEZ, A.R. (2019): “La reserva de contratos para centros especiales de empleo”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 4, pp. 139-157.
- RAZQUIN, M.M. & VÁZQUEZ, F.J. (2017): *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)
- RODRÍGUEZ, V. (2012): “El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?”, *Estudios de economía aplicada*, vol. 30/1, pp. 237-260.
- ROMEO, A. (2018 a): “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público”, *Revista española de Derecho Administrativo* num.191, pp. 1-28. BIB 2018\9728.
- ROMEO, A. (2018 b): “¿Cómo medir el impacto de la contratación pública para el impulso de las pymes locales? *Making spend matter*”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 158.
- SOLÓRZANO, M., NAVÍO, J. & CONTRERAS, R. (2015): “Incorporación del valor social a la contratación pública en España”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Real. Nueva Época*, núm. 4, pp. 41-50.
- TEJEDOR, J. (2015): “Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos”, *Observatorio de Contratación Pública. Sección Opinión*, 26/01/2015. Disponible en:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.184/relcategoria.121/relmenu.3/chk.d12c27194b671c86e0056e6e8e67b217>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2016). *Memoria*. Comunidad de Madrid. Disponible en: http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/memoria_tacpcm_2016_0.pdf

- VANÓ, M.J. (2016): “Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87, pp. 177-202.
- VÁZQUEZ, F.J. (2019): “Aspectos prácticos de la subrogación en contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 160, Marzo-Abril 2019, pp. 1-11. La Ley 3459/2019.

CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LA EXIGENCIA DE UN SALARIO MÍNIMO COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

Beatriz Gómez Fariñas

Investigadora FPU de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo

RESUMEN

La contratación pública se ha revelado en los últimos años como una herramienta esencial para fomentar determinadas políticas públicas de carácter social. El fuerte impulso que su dimensión estratégica ha recibido a nivel legal y jurisprudencial hace que sea posible exigir a las empresas que operan en el mercado el cumplimiento de un determinado estándar en materia social en las distintas fases contractuales. El objetivo de este trabajo es analizar la inclusión de consideraciones sociales como condiciones especiales de ejecución del contrato y, en particular, dar cuenta de la posibilidad de emplear este mecanismo para garantizar el pago de un salario mínimo.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, cláusulas sociales, condiciones de ejecución, salario mínimo, competencia.

CLAVES ECONLIT: K12, K23, H57, A13, L31.

SOCIALLY RESPONSIBLE PUBLIC PROCUREMENT: THE REQUIREMENT OF A MINIMUM WAGE AS A PERFORMANCE CONTRACT CONDITION

EXPANDED ABSTRACT

Public procurement has been traditionally understood as a simple mechanism through which contract authorities purchase the goods and services they need in order to develop their functions properly. However, in recent years the conception and foundation of public purchases have undergone a major transformation. The importance of this sector makes it a powerful legal tool to promote –in an indirect and complementary way– social, environmental and innovation objectives. This strategic use of public procurement channels the behaviour of economic operators towards sustainable business models that allow a better realisation of general interests. An appropriate use of this large amount of resources is undoubtedly one of the most effective market intervention techniques.

The inclusion of social considerations in public procurement regulations and practices is not new. The European Union has stressed in several occasions the need to make a strategic use of public procurement through various *soft-law* documents. Even though the 2004 Directives already mentioned this possibility, the adoption of a new package of Directives in this field in 2014 has been decisive in the consolidation process of the strategic public procurement. In that sense, Directive 2014/24/UE identifies the use of public procurement in support of common social objectives as one of its fundamental purposes and encourages the Member States to embrace a smart, sustainable and inclusive model of public purchases.

In the Spanish legal system, the legislator has made a firm commitment to move towards socially responsible public procurement. The new Public Sector Contracts Law considers the transversal and mandatory inclusion of social and environmental criteria in all procurement procedures, provided that they are linked to the subject-matter of the contract and respectful of the core principles of public procurement. In particular, the promotion of public policies through this sector should necessarily be reconciled with another of its priority objectives, as the guarantee of broad competition in the market.

According to the Spanish law, the inclusion of such criteria can take place throughout the different stages of the procurement procedure. However, the most appropriate moment to require compliance with certain social standards is the execution stage of the contract. Their configuration as performance conditions means that all tenderers

must undertake, when submitting their tenders, to comply with a number of requirements relating to the manner in which the provision is to be performed. Unlike in the case of selection criteria and contract award criteria, which are likely to limit significantly the rights of tenderers, this mechanism has a limited impact on competence and ensures the effectiveness of the equal treatment principle. In fact, the Spanish law states that any tender for a public contract must include –at least– one social, environmental or innovation-related performance condition.

In any circumstances, the contracting authority should analyse the convenience of including these conditions in each case and assess their impact on the rights of the economic operators. Not all public contracts allow the inclusion of social criteria, but this possibility will mainly depend on the nature of the provision and the way it is designed. The admissibility of the performance conditions is subject to the compliance with some requirements. On one hand, they should be linked to the subject-matter of the contract; that is to say, their inclusion should be directly related to the provision or its production process. On the other hand, they need to be duly indicated in the call for competition and in the procurement documents, so that companies interested in the tender are aware of their existence. Finally, they have to observe the principles of equal treatment, non-discrimination and proportionality.

The effectiveness of the strategic dimension of public procurement to a large extent depends on the correct performance of the provision. The contracting authority must check that the contractor complies with all the conditions laid down in the contract and, in particular, with those concerning social aspects. For that purpose, a series of indicators should be established to measure the real impact of procurement on the specific public policy that it is intended to promote. Moreover, the procurement documents have to state clearly the consequences that the breach of this commitment will have for the contractor, such as the imposition of penalties or the termination of the contract. Otherwise, socially responsible public procurement would not be a reality, but a missed opportunity.

The possibility of using public procurement in order to safeguard workers' rights and fight against job insecurity has generated an intense discussion. Requiring the contractor to pay a minimum wage to the staff assigned to the performance of the contract has been criticized due to the risk of interference with the right to freedom of enterprise. However, the jurisprudence has taken an increasingly favourable position to the admission of such conditions. Initially the Court of Justice of the European Union considered that this measure constituted a disproportionate restriction of the fundamental free-

doms provided for in the Treaty on the Functioning of the European Union and, therefore, was not in conformity with European law. But over time the Court has left this restrictive approach behind and come out in favour of the use of public procurement to fight against the wage inequality in the *RegioPost* case. Nevertheless, the possibilities and limits of this measures have not yet been clarified. The outcome of this approach for the Spanish legal system has been a lack of consensus among the administrative courts for contractual appeals, which creates uncertainty for the various participants in the procurement procedure.

KEY WORDS: Public procurement, social clauses, performance conditions, minimum wage, competition.

SUMARIO

1. La visión estratégica de la contratación pública: hacia un modelo de compras inteligente, sostenible e integrador. 2. La inclusión de consideraciones sociales en las compras públicas: en particular, su configuración como condiciones especiales de ejecución. 2.1. La necesaria vinculación al objeto del contrato. 2.2. El cumplimiento de las obligaciones de publicidad y transparencia. 2.3. La observancia de los principios rectores de la contratación pública. 2.4. La supervisión del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. 3. Las condiciones especiales de ejecución como herramienta para combatir la desigualdad salarial. 3.1. La oscilante doctrina del TJUE en relación con la protección de un salario digno. 3.2. El panorama actual en nuestro país: oportunidades y cautelas. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. La visión estratégica de la contratación pública: hacia un modelo de compras inteligente, sostenible e integrador

La contratación pública constituye hoy en día un sector estratégico en la economía de los distintos países¹. El gran crecimiento que ha experimentado en los últimos años, en buena medida debido a su carácter dinámico e innovador, ha derivado en su consideración como un pilar esencial para el desarrollo económico y social. El ingente volumen de recursos que moviliza este sector ha impuesto un cambio de paradigma que supone dejar atrás la tradicional concepción de las compras públicas como una mera fórmula de abastecimiento basada en el factor precio para avanzar hacia una visión instrumental de la misma². A pesar de que su objetivo principal sigue siendo la adquisición por parte de los entes del sector

1. En atención a los datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2015 las compras públicas en el marco de la Unión Europea se cifraron en 2015.3 billones de euros (excluidos los servicios públicos), lo que supone un incremento del 4,2% respecto del año anterior. Además, se estima que esta actividad representa un promedio del 13% del PIB de los distintos Estados miembros. Estos datos han sido extraídos del documento de la Comisión Europea *Public Procurement Indicators 2015*, de 9 de diciembre de 2016, disponible en el siguiente enlace: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> [Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2019].

2. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 93-96.

público de los bienes y servicios necesarios para desarrollar correctamente sus funciones³, nada obsta para que —al mismo tiempo y de forma complementaria— se utilice la contratación para promover otros fines o políticas públicas de carácter social, medioambiental o relacionadas con la innovación⁴.

A través de la incorporación de estos «objetivos secundarios u horizontales»⁵ los poderes públicos llevan a cabo una política de intervención en la vida económica, social y política del país orientada hacia una mayor satisfacción del interés general⁶. En este sentido, el mercado de las compras públicas goza de la entidad suficiente para encauzar el comportamiento de los operadores económicos hacia

3. Sobre el concepto de contratación pública, véase ARROWSMITH, S.: *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010, pág. 1; y TREPTE, P.: *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 27.

4. El carácter instrumental de la contratación pública ha sido defendido —entre otros— por GIMENO FELIÚ, J. M.: *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 39; MEDINA ARNÁIZ, T.: “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, págs. 213-240; y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “La contratación del sector público como política pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44. En el mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de acuerdo con el cual “la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas” (pág. 4).

5. La terminología utilizada por la doctrina para referirse a este tipo de políticas públicas ha sido variada. ARROWSMITH muestra una clara preferencia por el término “políticas horizontales” al entender que es lo suficientemente genérico como para incluir todo tipo de políticas (económicas, sociales, medioambientales, etc.) y, a diferencia del término “secundarias”, no implica una subordinación de las mismas respecto del objetivo principal de la contratación pública. Por su parte, TERESA MEDINA utiliza el término “objetivos secundarios” para referirse a aquellos objetivos que, a pesar de que no justifican la contratación, conllevan una mejora con respecto a la situación preexistente. A este respecto, véase ARROWSMITH, S.: “Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy”, *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, págs. 149-150; y MEDINA ARNÁIZ, T.: “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 46.

6. GIMENO FELIÚ, J. M.: “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, pág. 243.

modelos empresariales más sostenibles y socialmente responsables⁷. Aquellos licitadores que deseen establecer vínculos contractuales con el sector público deberán cumplir necesariamente con las exigencias marcadas por los órganos de contratación. No cabe duda de que la expectativa de convertirse en contratista constituye un importante estímulo para adoptar compromisos en materia de responsabilidad social e invertir en soluciones innovadoras, favoreciendo la creación de mercados con conciencia social⁸. A su vez, esta dimensión estratégica de la contratación pública abre las puertas a la incorporación de nuevos actores en el mercado, como las Entidades de Economía Social, que debido a sus peculiaridades se encuentran especialmente preparadas para asumir este tipo de retos⁹.

El uso estratégico de la contratación pública aporta un indudable valor añadido a la actividad contractual que va más allá de la finalidad específica de cada contrato individualmente considerado¹⁰. Con todo, no puede ignorarse que la introducción de criterios no económicos en el procedimiento de contratación es susceptible de entrar en conflicto con otros objetivos fundamentales, especialmente con los principios de eficiencia y competencia. Las principales reticencias a la incorporación de políticas horizontales en la contratación pública se encuentran ligadas a la idea de que estas medidas positivas suponen un incremento de los costes que han de ser asumidos por las entidades contratantes. Esta postura, sin embargo, parte de una concepción cortoplacista del principio de eficiencia que únicamente toma en consideración factores económicos y pretende la obtención de prestaciones al menor precio posible, sin dejar espacio a la valoración de aspectos rela-

7. MEDINA ARNÁIZ, T.: “Comprando para asegurar nuestro futuro (...)”, *op. cit.*, pág. 45.

8. Documento de la Comisión Europea *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, págs. 9-10. La escasa aplicación de una política integral en materia de responsabilidad social en el tejido empresarial español ha sido puesta de relieve por VARGAS SÁNCHEZ, A. y VACA ACOSTA, R.M.: “Responsabilidad Social Corporativa y cooperativismo: vínculos y potencialidades”, *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 53, 2005, pág. 252.

9. GRIMALDOS GARCÍA, M. I.: “El impulso de la responsabilidad social de la empresa en las entidades de economía social: los deberes de los administradores de las sociedades laborales como caso paradigmático”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 33, 2018, pág. 10.

10. MEDINA ARNÁIZ, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 255.

cionados con la calidad o las repercusiones socio-económicas de la decisión¹¹. En este contexto, resulta imprescindible interpretar el citado principio desde una nueva perspectiva que ponga en valor la consecución de objetivos sociales, medio-ambientales y relacionados con la innovación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos¹². Esta nueva visión de un gasto público más eficiente resulta plenamente coherente con las iniciativas de la *Estrategia Europa 2020*¹³, donde se aboga por un crecimiento a largo plazo en el cual ya no cabe hablar en términos de gasto, sino de inversión¹⁴.

Es evidente que esta reformulación ha de ir acompañada de un marco normativo consistente que fije las posibilidades y límites de la contratación pública estratégica, aportando una mayor seguridad jurídica en su aplicación. A continuación veremos que las instancias europeas han apostado con firmeza por la implantación de un modelo de compras públicas orientado a garantizar unos estándares mínimos de bienestar social. La ciudadanía demanda cada vez más que los poderes públicos adopten una actitud comprometida con las necesidades de la sociedad, si bien esta “sensibilidad social” no ha de afectar de forma excesiva a los intereses económicos de las empresas que operan en el mercado¹⁵. Debe recordarse que la gran meta de la Unión Europea es la apertura del mercado único

11. PERNAS GARCÍA, J. J.: “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 346.

12. GIMENO FELIÚ, J. M.: *El Nuevo paquete legislativo comunitario (...), op. cit.*, pág. 39.

13. Comunicación de la Comisión *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 de marzo de 2010 [COM(2010) 2020].

14. GIMENO FELIÚ, J. M.: “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pág. 3. En la misma línea, FERNÁNDEZ ACEVEDO sostiene que este nuevo concepto de eficiencia “conjuga la búsqueda del menor precio con la del mayor beneficio social, es decir, la obtención de la máxima rentabilidad social y ambiental de las inversiones públicas con el menor gasto posible”. *Cfr.* FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, pág. 32.

15. En este sentido, MIRANZO DÍAZ, J.: “La contratación pública como motor de cohesión social tras la ley 9/2017”, *Gabilex*, núm. Extra 1, 2019, págs. 207-228; y PERNAS GARCÍA, J. J.: “Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde”, en *Observatorio de políticas ambientales 2014* (Coord. Fernando López Ramón), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 449.

a la más amplia competencia¹⁶, de ahí que sea necesario lograr un equilibrio entre esta visión pro-competitiva de la contratación y la satisfacción de otras políticas públicas, ya sean europeas o domésticas.

2. La inclusión de consideraciones sociales en las compras públicas: en particular, su configuración como condiciones especiales de ejecución

La oportunidad de avanzar hacia una contratación pública socialmente responsable ha sido impulsada por la Unión Europea desde tiempos tempranos. El punto de arranque de la integración de esta perspectiva en los contratos públicos puede situarse en la publicación del Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*¹⁷ en el año 1996, en el que se exponen interesantes argumentos a favor de la ampliación de los considerados objetivos tradicionales del sector. Ya entonces se destacaba el importante papel que la normativa en materia de contratación pública está llamada a desempeñar en la consecución de objetivos de política social. Pero sin duda el impulso definitivo a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública llegaría en el año 2001 con la aprobación de la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*¹⁸, que ofrecía propuestas concretas para alcanzar este objetivo a la luz del marco jurídico comunitario.

Este progresivo avance en el desarrollo de una contratación responsable ha estado motivado, en buena medida, por los pronunciamientos favorables de la

16. Tal y como asevera DÍEZ SASTRE, “el derecho de la contratación pública debe evitar una adjudicación contraria a los principios de competencia, transparencia, igualdad y no discriminación, fundamentalmente. Desde esta perspectiva, el principio de competencia es el núcleo en torno al que se deben articular las reglas europeas de contratos públicos”. Cfr. DÍEZ SASTRE, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 197-198.

17. Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, de 26 de noviembre de 1996 [COM (96) 583 final].

18. *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 28 de noviembre de 2001 [COM(2001) 566 final].

jurisprudencia europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció en el asunto *Beentjes*¹⁹ la posibilidad de tomar en consideración aspectos sociales en la adjudicación de un contrato público. En concreto, este pronunciamiento declaraba la admisibilidad de la exigencia de que el licitador emplease trabajadores en situación de paro prolongado, siempre que tal condición no resultase discriminatoria y se mencionase en el anuncio de licitación. Esta línea jurisprudencial, posteriormente confirmada en el asunto *Nord-Pas-de-Calais*²⁰, ha motivado un cambio en la tendencia legislativa que se ve materializado con la aprobación de las Directivas 2004/17/CE²¹ y 2004/18/CE²². Este marco normativo hace un hueco más evidente a la promoción de políticas sociales, entre las que destacan la inclusión social y la lucha contra el desempleo, y sirve como punto de apoyo para la implantación de una contratación estratégica en los distintos Estados miembros²³.

Las Directivas sobre contratación pública del año 2014²⁴ dan un paso decisivo en la dirección apuntada y abanderan como uno de sus objetivos fundamentales –junto con el incremento de la eficiencia del gasto público– la utiliza-

19. STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, asunto 31/87, ECLI:EU:C:1988:422, aptdos. 36-37.

20. STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Comisión contra Francia [Nord-Pas-de-Calais]*, asunto C-225/98, ECLI:EU:C:2000:494, aptdos. 49-51.

21. Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales [DOUE L134, de 30 de abril de 2004].

22. 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 L134, de 30 de abril de 2004].

23. En relación con el progresivo reconocimiento de la inclusión de consideraciones sociales en el ámbito europeo, resulta de interés el trabajo de CARANTA, R.: “Sustainable Public Procurement in the EU”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51.

24. Las Directivas de “cuarta generación” relativas a la contratación pública son las siguientes: la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE [DOUE L94, de 28 de marzo de 2014]; la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión [DOUE L94, de 28 de marzo de 2014]; y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE [DOUE L94, de 28 de marzo de 2014].

ción de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes²⁵. Además, introducen una serie de precisiones sobre el modo en que las entidades contratantes pueden incorporar este tipo de consideraciones en los contratos que celebren. Puede afirmarse que este nuevo paquete normativo no se limita a exigir que los Estados miembros velen por el cumplimiento de las obligaciones impuestas en materia socio-laboral, sino que articula mecanismos concretos para lograr un nivel de compromiso por parte de los operadores económicos que va más allá de los mínimos legalmente exigibles²⁶. Aunque muchas de las medidas que incorpora ya estaban presentes en la normativa anterior, ahora se ven reforzadas gracias a la firme apuesta del legislador europeo por una contratación estratégica.

En nuestro Derecho interno la incorporación de aspectos sociales en la contratación pública ha sido ciertamente controvertida y tradicionalmente ha estado rodeada de un halo de incertidumbre que generaba reticencias en cuanto a su aplicación práctica²⁷. Sin embargo, con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de

25. En este sentido, el Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE dispone lo siguiente: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 (...) como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

26. Así lo ha puesto de relieve, en relación con la incorporación de criterios medioambientales en la contratación pública, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta”, en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.

27. Resulta especialmente significativo el *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España* emitido por el Ministerio de Hacienda en el año 2004, según el cual: “No parece coherente con la estructura lógica del procedimiento de contratación, ni con su finalidad, que circunstancias tales como el número de trabajadores empleados, la proporción de trabajadores con contratos de determinadas características o pertenecientes a colectivos con dificultades de acceso al empleo (jóvenes que buscan su primer empleo, mayores de cincuenta años, mujeres, discapacitados, ...) las características medioambientales de la empresa u otras similares de contenido o naturaleza «social» sean incorporadas como criterios de valoración (...). Por otra parte, existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos –o complementarios, si prefiere decirse así– para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social o medioambiental”, págs. 145-147.

noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), esta situación cambia de forma radical; mientras que hasta entonces la contratación socialmente responsable era considerada como un mandato meramente retórico, ahora impregna el articulado de la norma y fuerza a las entidades del sector público a orientar su actividad contractual en este sentido²⁸. El legislador español aboga por la incorporación preceptiva y transversal de criterios sociales y medioambientales en toda la contratación pública. Así lo dispone su artículo 1.3, de acuerdo con el cual:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

La ubicación sistemática de este precepto denota una clara declaración de intenciones por parte del legislador y deja entrever el camino a seguir en los próximos años, que nos conduce inexorablemente hacia un modelo de compras públicas sensible con las necesidades de la sociedad²⁹. Con la finalidad de dotar de efectividad a este mandato, el Gobierno ha aprobado un *Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable*³⁰ que pretende impulsar la

28. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La integración de cláusulas sociales (...)”, *op. cit.*, págs. 96-99; y MORENO MOLINA, J. A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018, págs. 23-24.

29 GÓMEZ FARIÑAS, B. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 81-82.

30. Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Este plan ha sido aprobado por la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 [BOE núm. 125, de 25 de mayo de 2019].

vertiente estratégica de este sector de forma organizada y fomentar su uso por parte de los órganos de contratación.

Llegados a este punto cabe plantearse, por un lado, qué concretos objetivos quedan comprendidos en el concepto de “contratación pública socialmente responsable” y cuáles son las posibilidades reales que ofrece este nuevo marco normativo para su consecución. En relación con la primera de estas cuestiones, es preciso señalar que este concepto se ha venido interpretando en sentido amplio, de forma que engloba diversos objetivos específicos de política social, como el fomento del empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social; la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; el diseño y accesibilidad para todos; la estabilidad y calidad en el empleo; la mejora de la seguridad y salud laboral; la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; y criterios de comercio justo y compra pública ética³¹. Como vemos, este variado catálogo de políticas públicas que pueden ser promovidas a través de este sector de la economía responde a un denominador común, como es la lucha contra las desigualdades sociales y laborales a través del aseguramiento de unas condiciones dignas para la ciudadanía³².

31. Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Una definición similar se recoge en el documento de la Comisión Europea *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, *op. cit.*, de acuerdo con la cual este concepto aglutina las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (pág. 7). En la doctrina, MEDINA ARNÁIZ distingue entre “compra social”, que tendría por objeto integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la lucha contra el desempleo, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la reserva de contratos a Empresas de inserción y Centros Especiales de Empleo; y “compra ética”, que se englobaría otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos y derechos de los trabajadores. *Cfr.* MEDINA ARNÁIZ, T.: “La contratación pública socialmente responsable (...)”, *op. cit.*, págs. 4-6; y, de la misma autora, “Social considerations in Spanish public procurement law”, *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2011, págs. 61-62.

32. Esta postura es compartida por MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 712-713; y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. José Pernas García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 329-368.

La incorporación de este tipo de cuestiones puede tener lugar a lo largo de las distintas fases que componen el procedimiento de contratación, desde la preparación del contrato, la definición de su objeto y el diseño de las especificaciones técnicas, pasando por la selección cualitativa de licitadores, los criterios de adjudicación del contrato y las condiciones especiales de ejecución. Ante este abanico de posibilidades, el órgano de contratación deberá valorar en cada caso concreto cuál es el momento más oportuno para demandar el cumplimiento de estos requisitos, que –en función de su naturaleza– podrán incorporarse en todas o algunas de las fases referidas³³. La fórmula más utilizada en la práctica es la configuración de aspectos sociales como criterios de selección de licitadores –tanto en lo que respecta a la valoración de sus capacidades como a la concurrencia de una eventual prohibición para contratar–, seguida de las condiciones especiales de ejecución y los criterios de adjudicación del contrato³⁴.

Con todo, la opción más idónea para satisfacer cuestiones sociales a través de las compras públicas es su inclusión como condiciones especiales de ejecución³⁵. Ya adelantamos que la vertiente estratégica de la contratación pública es susceptible de restringir de forma importante la competencia en el mercado, pero tal afectación puede ser mayor o menor dependiendo del momento en que se solicite a los operadores económicos el cumplimiento de determinadas medidas encaminadas a satisfacer estos objetivos secundarios. Mientras que su incorporación como criterios de selección de licitadores o de adjudicación del contrato resulta controvertida, la configuración de estos objetivos como condiciones especiales

33. Sobre este particular, véase DRAGOS, D. y NEAMTU, B.: “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: “Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 235-257; y GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, págs. 27-67.

34. Datos extraídos del informe elaborado por KAHLENBORN, W., MOSER, C., FRIJDAL, J. et al.: *Strategic Use of Public Procurement in Europe. Final Report to the European Commission*, MARKT/2010/02/C, Adelphi, Berlín, 2011, pág. 91.

35. Así lo ha afirmado la Comisión Europea en su *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, pág. 1; y en el documento de trabajo *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, pág. 7, anteriormente citados.

de ejecución apenas tiene efectos distorsionadores de la competencia³⁶. Mediante esta técnica se exige a todos los licitadores que, en el momento de presentación de sus ofertas, se comprometan a cumplir con una serie de requisitos relativos a la forma de ejecución de las prestaciones del contrato que tendrán que ser necesariamente observados para el caso de que el contrato les sea adjudicado³⁷. Las ofertas que no acepten tales condiciones serán rechazadas por no ser conformes con el contenido de los pliegos del contrato³⁸. Sin embargo, es preciso puntualizar que en este momento es suficiente con el compromiso de disponer de los medios materiales y/o personales necesarios para satisfacer los requerimientos del órgano de contratación, sin que pueda exigirse la disposición efectiva de los mismos. Lo contrario causaría un perjuicio desproporcionado a los operadores económicos y mermaría la competencia en el mercado, por cuanto se verían obligados a realizar una serie de inversiones simplemente para poder entrar en la competición sin tener la certeza de que el contrato les va a ser adjudicado³⁹.

Al propio tiempo, esta solución permite una mayor satisfacción de las políticas sociales que se tratan de implementar que –por ejemplo– en el caso de los criterios de adjudicación. La razón es clara: mientras que en este último caso el grado de realización de los criterios sociales dependerá en buena medida de la voluntariedad de los licitadores a la hora de incluir estas cuestiones en sus ofertas, las condiciones especiales de ejecución garantizan la satisfacción del interés público

36. DÍEZ SASTRE, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *op. cit.*, págs. 200-201. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia también ha manifestado la preferencia de incluir en esta fase contractual la exigencia del cumplimiento de determinadas condiciones laborales en la *Guía sobre contratación pública y competencia*, 2011, págs. 19-20. Este documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.cnmec.es/guias-y-recomendaciones> [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019].

37. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 202.4 de la LCSP, la obligación de cumplir con las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato se extiende también a los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo.

38. BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, Zaragoza, 2008, pág. 242.

39. A este respecto cabe traer a colación la STJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse*, asunto C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, aptdos. 53 y ss, de acuerdo con la cual la exigencia de que todos los licitadores dispongan de oficinas abiertas al público en determinadas ciudades en el momento de presentación de sus ofertas es manifiestamente desproporcionada.

perseguido en los términos señalados en el contrato, sin que el licitador que resulte adjudicatario pueda limitar su alcance⁴⁰.

De hecho, el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de condiciones especiales de ejecución referidas a consideraciones de tipo social, medioambiental o relacionadas con la innovación no es una mera opción para las entidades contratantes, sino una obligación contemplada de forma expresa en el artículo 202 de la LCSP. En este sentido, toda licitación de un contrato público deberá incluir –al menos– una de las condiciones anteriores. Es decir, no todos los contratos tendrán condiciones especiales de ejecución de carácter social, pero en todos los casos en que su objeto sea social o esté relacionado con aspectos sociales se podrá imponer este tipo de cláusulas⁴¹. La decisión del legislador de dotar a este mecanismo de carácter preceptivo pretende garantizar la implantación efectiva de dichas medidas en una fase tan esencial como es la ejecución del contrato, al tiempo que constituye un buen indicador de que la vertiente estratégica de la contratación ya es una realidad que no puede ser obviada por los entes del sector público.

Aunque la decisión de incluir unas u otras condiciones entra dentro de la esfera de discrecionalidad de la entidad contratante, esta libertad no es incondicionada. Antes bien, se encuentra sujeta a una serie de limitaciones establecidas con carácter general en el propio artículo 202 de la LCSP, el cual exige que tales condiciones estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Con esta previsión se trata de garantizar que la inclusión de aspectos sociales en esta fase contractual resulte coherente y no suponga la conculcación de los principios nucleares de la contratación pública, especialmente los de competencia y no discriminación.

40. HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A.: “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2133-2137.

41. DE GUERRERO MANSO, C.: “Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, 2019, pág. 49, disponible en el siguiente enlace: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/guia_clausulas_sociales.pdf/dfb451dd-037a-c1d0-13cf-47dd2c36ca45 [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2019].

2.1. La necesaria vinculación al objeto del contrato

El requisito esencial que deben cumplir todas las cláusulas sociales, cualquiera que sea la etapa contractual en que surtan efectos, es su vinculación con el objeto del contrato. Esta condición ya se anuncia con carácter general en el artículo 1.3 de la LCSP –que supedita la incorporación preceptiva de este tipo de criterios en la contratación pública a que “*guarde relación con el objeto del contrato*”– y se menciona de nuevo en el artículo 202 en relación con la incorporación de condiciones especiales de ejecución. Lo que se exige es que el criterio social en cuestión se encuentre directamente relacionado con la ejecución de las tareas necesarias para la producción de un bien o la prestación de un servicio, de modo que no resultarán admisibles aquellas condiciones puramente contingentes que no afecten de ningún modo a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados⁴².

Esta exigencia encuentra su origen en la jurisprudencia europea, más concretamente en la sentencia *Concordia Bus Finland*⁴³, y ha sido objeto de un arduo debate acerca del modo en que debe ser interpretada. La Comisión Europea ha calificado el requisito de la vinculación con el objeto del contrato como “la condición fundamental que debe tenerse en cuenta cuando se introducen en el proceso de contratación pública consideraciones relacionadas con otras políticas” y ha defendido la necesidad de realizar una interpretación estricta del mismo para asegurar que la compra como tal siga siendo el elemento central del proceso⁴⁴. Además, ha manifestado su preocupación en relación con las consecuencias que una interpretación más generosa del mismo pueda llevar aparejadas en términos de desigualdades entre los operadores económicos de los distintos Estados miembros.

El problema que plantea la interpretación estricta de este criterio es que limita de forma significativa las posibilidades reales de perseguir objetivos sociales a través de la contratación pública. Solamente sería posible incorporar este tipo de

42. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: “Incorporación cláusulas ambientales (...)”, *op. cit.*, pág. 47.

43. STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, de acuerdo con la cual “como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato” (apdo. 59). A pesar de que este pronunciamiento hace referencia a los criterios de adjudicación del contrato, lo cierto es que dicho requisito ha sido extendido a todas las demás condiciones que se establezcan en las distintas fases del procedimiento de contratación.

44. Libro verde sobre *La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, de 27 de enero de 2011 [COM (2011) 15 final], págs. 42-45.

consideraciones en aquellos contratos directamente vinculados a acciones públicas sociales o cuyo objeto sean prestaciones de carácter social o asistencial que tengan como destinatarios a determinados colectivos desfavorecidos⁴⁵. En sentido contrario, se rechazaría su inclusión en otros contratos que, a pesar de no tener una perspectiva social, son susceptibles de contribuir a una contratación más responsable en atención a las particularidades de la prestación. Esta postura claramente reticente a la incorporación de consideraciones estratégicas en las compras públicas ha sido superada por el TJUE con ocasión de la sentencia *Comisión c. Países Bajos*, en la cual se afirma que no es imprescindible que las cláusulas sociales se refieran a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente en éste⁴⁶.

La flexibilización de este requisito ha sido recogida en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 145.6 de la LCSP, que apuesta por un concepto amplio de la vinculación al objeto del contrato y clarifica qué tipo de criterios se entienden incluidos en el mismo⁴⁷. La normativa española establece ahora que un criterio estará

45. MEDINA ARNÁIZ, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *op. cit.*, págs. 271-272.

46. STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión c. Países Bajos*, asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, aptdo. 91. De especial interés resultan las Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 15 de diciembre de 2011 en relación con este asunto, ECLI:EU:C:2011:840, quien defiende con convencimiento una interpretación más flexible de la vinculación al objeto del contrato. En sus palabras: “En lo que se refiere a la etiqueta «Max Havelaar», ciertamente no define ninguna característica del producto en sentido estricto (...) pero dicha etiqueta aporta información sobre si los artículos suministrados han sido objeto de un comercio justo. Tal aspecto puede tenerse en cuenta en el marco de las condiciones de ejecución del contrato (artículo 26 de la Directiva 2004/18). Por eso no se puede negar de antemano que tenga relación con el objeto del contrato (en este caso, el suministro de «ingredientes» como azúcar, leche en polvo y cacao), pues para un poder adjudicador que, según se desprende de la documentación del procedimiento de adjudicación, otorga valor al comercio socialmente responsable, para determinar la relación calidad-precio muy bien puede ser importante saber si los artículos suministrados fueron comprados a sus productores en condiciones justas o no. Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social” (aptdo. 110).

47. ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, 3ª Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, págs. 745-747; y GALLEGO CÓRCOLES, I.: “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 93 y ss.

vinculado al objeto del contrato cuando “se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, *en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida*”⁴⁸. De este modo, es posible incluir consideraciones sociales en cualquiera de las fases que conforman el proceso de producción, prestación o comercialización de las obras, servicios o suministros que constituyan el objeto del contrato, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material⁴⁹. Aunque este precepto se refiere a los criterios de adjudicación del contrato, su contenido resulta plenamente aplicable a las condiciones especiales de ejecución por remisión del propio artículo 202.

2.2. El cumplimiento de las obligaciones de publicidad y transparencia

La obligación de transparencia se revela como la piedra angular de todo el procedimiento de contratación pública y desempeña un papel esencial en cada una de sus fases, tanto en la adjudicación como en la ejecución del contrato. Este principio constituye un mecanismo de rendición de cuentas a la ciudadanía y, al propio tiempo, sirve para garantizar una actuación administrativa respetuosa con los demás principios rectores de la contratación⁵⁰. El adecuado conocimiento por parte de los operadores económicos de los requisitos que han de cumplir para poder convertirse en contratistas —e incluso tras la formalización del contrato— resulta esencial para garantizar la imparcialidad en el seno del procedimiento de contratación y, por ende, la efectividad de los principios de igualdad de trato y

48. Énfasis no original.

49. Véase el Considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE.

50. Para un mayor abundamiento en las exigencias inherentes a este principio, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 319-368; GIMENO FELIÚ, J. M.: “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 27-80; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: “La transparencia en la contratación pública”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir. José María Gimeno Feliú), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 803-826; y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de los operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 93-130.

competencia⁵¹. En este sentido, las condiciones de la licitación han de estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma⁵². Se trata, en suma, de que todos los participantes dispongan de las mismas oportunidades y estén sujetos a las mismas condiciones⁵³.

Con este propósito, el artículo 202 de la LCSP obliga a los órganos de contratación a indicar en el anuncio de licitación y en los pliegos las condiciones especiales de ejecución que pretenda incluir en el contrato. No es suficiente con la simple mención o con una mera remisión al contenido de la norma, sino que dichas condiciones deben recogerse con claridad y precisión. La indicación de estos extremos en el anuncio de licitación tiene por objeto que todos los operadores económicos dispongan de una información general que les permita determinar su grado de interés en la licitación sin necesidad de acudir a otras fuentes de información. Ya avanzamos que la satisfacción de estas condiciones resulta ineludible para el licitador que resulte adjudicatario del contrato, por lo que parece lógico que conozca de antemano la exigencia de cumplir con ciertos estándares sociales en el curso de su ejecución y los recursos que ha de destinar a tal fin⁵⁴. Posteriormente estos criterios deberán ser especificados con detalle en la documentación contractual.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso señalar que esta obligación de transparencia no se agota con la formalización del contrato. Es capital que sus exigencias se extiendan a la fase de ejecución, pues solamente así podrá verificarse el correcto cumplimiento de estas condiciones por parte del contratista⁵⁵. Como

51. STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Caso Telaustria Verlags GmbH*, asunto C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, aptdo. 62; y de 12 de diciembre de 2002, *Caso Universale-Bau AG*, asunto C-470/99), ECLI:EU:C:2002:746, aptdo. 91.

52. STJUE de 29 de abril de 2004, *CAS Succhi di Frutta SpA*, asunto C 496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, aptdo. 111.

53. STJUE de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction Ltd*, asunto C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, aptdo. 34; y STG de 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki*, asunto T 345/03, ECLI:EU:T:2008:67, aptdo. 143.

54. DE GUERRERO MANSO, C.: "La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, 2018, pág. 163.

55. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: "Las obligaciones de transparencia no finalizan con la formalización del contrato público", en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 187-188.

luego veremos, su incumplimiento lleva aparejadas una serie de consecuencias que pueden afectar tanto a la licitación en curso como a futuras licitaciones, pero para ello es necesario que el órgano de contratación tenga conocimiento de la existencia de dichas disfunciones.

2.3. La observancia de los principios rectores de la contratación pública

La incorporación en la licitación de condiciones especiales de ejecución vinculadas a aspectos sociales solamente será admisible si –además de cumplir con las exigencias de publicidad y vinculación al objeto antes mencionadas– no vulnera las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵⁶ (en adelante, TFUE) y los principios generales derivados de las mismas, en especial los de no discriminación y proporcionalidad. Para evitar que la utilización estratégica de la contratación pública desvirtúe la competencia en el mercado, se prohíbe el establecimiento de condiciones de ejecución que supongan una discriminación directa o indirecta entre licitadores, ya sea porque tratan de favorecer a las empresas nacionales en perjuicio de las establecidas en terceros Estados miembros o simplemente porque conducen a un trato desigual entre los distintos oferentes⁵⁷. En este sentido, se entiende que son discriminatorias todas aquellas condiciones que imposibiliten, obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios, aunque se apliquen indistintamente a todos los operadores económicos⁵⁸.

A modo de ejemplo, se ha venido declarando la inadmisibilidad de una condición de ejecución que exija la contratación de personas inscritas como demandantes de empleo en las oficinas correspondientes a una determinada localidad⁵⁹

56. Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [DOUE C 202, de 7 de junio de 2016].

57. Véase el documento *Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*, op. cit., pág. 44.

58. STJUE de 22 de septiembre de 1988, *Comisión contra Irlanda [Dundalk]*, asunto C-45/87, ECLI:EU:C:1988:435.

59. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 3/09, de 25 de septiembre de 2009. En el mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en su informe 2/2010, de 30 de julio.

o personas de la localidad en situación de desempleo de larga duración⁶⁰. Se entiende que este tipo de condiciones son claramente discriminatorias por cuanto se circunscriben a las personas desempleadas que residan en un determinado lugar geográfico, excluyendo la posibilidad de contratar a desempleados de otros lugares del territorio nacional o incluso de otros Estados miembros de la Unión Europea. El problema no radica en la finalidad social perseguida con el establecimiento de estas condiciones, sino en el hecho de que se establezca en los pliegos una preferencia a favor de la contratación de determinados trabajadores en atención a su residencia o lugar de origen.

Por otra parte, el margen de discrecionalidad concedido a los órganos de contratación a la hora de establecer las condiciones especiales de ejecución del contrato se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad. De acuerdo con este principio, las condiciones que vayan a aplicarse durante la ejecución del contrato deben guardar una adecuada proporción con su complejidad técnica y su dimensión económica. Además, deben ceñirse al ámbito y duración de ese contrato, sin que sea posible exigir a los licitadores que acrediten la implantación de una determinada política de responsabilidad social en la empresa⁶¹. El cumplimiento de las condiciones sociales establecidas en los pliegos puede implicar una serie de desembolsos adicionales que no se encuentran al alcance de cualquier empresa. Por esta razón, los costes que ha de asumir la empresa –tanto en términos económicos como estructurales– han de ser debidamente ponderados con sus eventuales beneficios para la sociedad⁶². De otro modo, muchos operadores económicos se verían desalentados a participar en la licitación, con la consiguiente reducción de la competencia y, por ende, de la relación calidad-precio de las ofertas. Se trata, en definitiva, de alcanzar un equilibrio entre la búsqueda de condiciones adecuadas de fomento de políticas sociales y la libre competencia en el mercado⁶³.

60. Resolución del TACRC 453/2019, de 25 abril.

61. Véase el Considerando 104 de la Directiva 2014/24/UE.

62. ARROWSMITH, Sue; “Horizontal Policies in Public Procurement (...)”, *op. cit.*, págs. 149-186.

63. DE GUERRERO MANSO, C.: “La inclusión de condiciones especiales de ejecución (...)”, *op. cit.*, pág. 159; y FERRANDO GARCÍA, F. M. y RODRÍGUEZ EGÍO, M. M.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al “dumping” social”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pág. 229.

2.4. La supervisión del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución

La observancia de los límites señalados constituye un requisito indispensable para la validez de las condiciones especiales de ejecución. No obstante, su eficacia real va a depender en buena medida del comportamiento que adopte el contratista durante la fase de ejecución. De poco sirve que exista un compromiso previo de implementar ciertas políticas sociales si posteriormente la empresa adjudicataria no respeta los términos de aquél. Para evitar este tipo de situaciones es importante que se articulen una serie de mecanismos de control de la actuación del contratista y que se establezcan con claridad las consecuencias que tendrá que afrontar en caso de incumplimiento.

El éxito de la contratación socialmente responsable ha de partir de la elaboración de un pliego de condiciones meditado y bien redactado, que regule con precisión las obligaciones que competen al contratista e incentive su cumplimiento⁶⁴. Esto implica la creación de una estructura de supervisión adecuada y la previsión de indicadores para medir el impacto real de la contratación en la concreta política pública que se pretende fomentar⁶⁵. Esta labor de seguimiento debe articularse a través de la figura del responsable del contrato, que será el encargado de controlar la actuación del contratista y adoptar las medidas oportunas para garantizar la correcta ejecución de la prestación (art. 62 de la LCSP). Ahora bien, es evidente que la persona designada como responsable –ya sea física o jurídica– deberá contar con la capacitación suficiente para detectar los eventuales incumplimientos de las obligaciones y estándares sociales, así como para articular medidas de respuesta frente a los mismos⁶⁶.

Así las cosas, procede dejar sentado que la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las condiciones sociales incorporadas al contrato no es

64. GIMENO FELIÚ, J. M.: *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 170-171.

65. PALACÍN SÁENZ, B.: “Contratación pública social”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, págs. 70-81. En el mismo sentido, DELGADO FERNÁNDEZ, M. R.: “Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 187-188.

66. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “La fase de ejecución de los contratos públicos y su control”, Ponencia dictada en el *II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública. Por una contratación pública transparente y sostenible*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 13 y 14 de noviembre de 2018.

gratuito para el contratista. Los mecanismos para hacer frente a estas disfunciones se encuentran regulados en el artículo 202.3 de la LCSP y varían en función de la importancia que el órgano de contratación haya atribuido en los pliegos a cada una de esas condiciones. En el supuesto de que la condición haya sido calificada como una “obligación contractual esencial”, su inobservancia se equipara a un eventual incumplimiento de la obligación principal y tiene como consecuencia la resolución del contrato ex artículo 211.1(f)⁶⁷. También es posible que el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución en los pliegos del contrato, pero sí como infracción grave a los efectos de una futura declaración de prohibición de contratar, de conformidad con el artículo 71.2(c). La tercera opción sería la imposición de penalidades al contratista, que deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y no deberán superar los siguientes umbrales cuantitativos: el 10% del precio del contrato (IVA excluido) individualmente consideradas, ni el 50% del precio del contrato en su conjunto (art. 192.1).

El problema se plantea cuando el órgano de contratación hace un diseño inadecuado de los pliegos y no recoge expresamente en los mismos ninguna de las consecuencias referidas, o cuando se decanta por la mera tolerancia y renuncia a poner en marcha los mecanismos para garantizar el cumplimiento. En estos casos la merma en la satisfacción del interés público es evidente, de ahí que los órganos de contratación deban actuar con diligencia y hacer una previsión realista de las distintas eventualidades que pueden acontecer durante la ejecución del contrato para dar una respuesta adecuada a las mismas.

3. Las condiciones especiales de ejecución como herramienta para combatir la desigualdad salarial

Dentro del amplio espectro de consideraciones de tipo social que son susceptibles de condicionar la ejecución de un contrato público, quizás las que han

67. Sobre este particular, véase la Resolución del TACRC 719/2019, de 27 de junio. En la doctrina, BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 52-70; y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.: “La extinción del contrato: la resolución”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2331-2361.

suscitado –y todavía suscitan– una mayor controversia son aquellas referidas a las condiciones laborales de los trabajadores. En concreto, la exigencia de que se abone un salario mínimo al personal involucrado en la realización de la prestación ha sido observada con recelo y ha dado lugar a pronunciamientos de lo más variados. La imposibilidad de que la Administración Pública utilice los pliegos del contrato para legislar en materia laboral o influir en las negociaciones entre el empresario y los trabajadores, lo cual supondría una limitación del derecho a la libertad de empresa, ha sido uno de los principales argumentos aducidos en contra de la admisibilidad de este tipo de medidas. A ello hay que unir el hecho de que esta previsión puede hacer que la licitación resulte menos atractiva para los operadores económicos establecidos en terceros Estados donde el coste de mano de obra es más barato, con la consiguiente reducción de la competencia⁶⁸.

Pese a todo, tanto la jurisprudencia como la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales han mostrado una progresiva tendencia a la admisión de este tipo de criterios como condiciones especiales de ejecución. La exigencia de que el contratista cumpla con determinadas disposiciones de los convenios colectivos sectoriales, particularmente con la aplicación de las tablas salariales, ha sido asumida como una buena herramienta para combatir la precarización de las condiciones laborales y la deslocalización empresarial⁶⁹. Al propio tiempo, sirve para garantizar que todos los operadores económicos concurren en igualdad de condiciones a la licitación, por cuanto no podrán ofertar una rebaja en los precios a costa de mermar los derechos de los trabajadores. La posibilidad de imponer un salario mínimo como condición especial de ejecución ha sido recientemente avalada por el TJUE en el asunto *RegioPost*⁷⁰. Este pronunciamiento marca un punto de inflexión en la protección de los derechos de los trabajadores y viene a superar la postura restrictiva o “antisocial” que hasta entonces había mantenido la jurisprudencia europea⁷¹.

68. COSTAMAGNA, F.: “Minimum wage between public procurement and posted workers: anything new after the RegioPost case?”, *European Law Review*, 42(1), 2017, págs. 101-111.

69. GIMENO FELIÚ, J. M.: *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017 (...)*, op. cit., pág. 66.

70. STJUE de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*, asunto C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760.

71. Esta calificación de “jurisprudencia comunitaria antisocial” ha sido brindada por MOLINA NAVARRETE, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de “legitimidad” al de sus “límites””, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 135, 2016, págs. 79-110.

3.1. La oscilante doctrina del TJUE en relación con la protección de un salario digno

La primera vez que el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión fue en el asunto *Rüffert*⁷². En este caso se analizaba la conformidad con el Derecho europeo de una ley del Land alemán de Baja Sajonia que supeditaba la adjudicación de contratos públicos de obras al compromiso de los licitadores de pagar a sus trabajadores, como mínimo, el salario previsto en el convenio colectivo aplicable al sector de la construcción. Tomando como punto de partida el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE sobre trabajadores desplazados⁷³, el Tribunal entendió que no era admisible la imposición de un salario mínimo recogido en un convenio colectivo que no gozaba de aplicación general, sino que se limitaba a los contratos públicos –excluyendo los privados– y a un determinado sector. Posteriormente entró a analizar la conformidad de la medida con el artículo 56 del TFUE y señaló que “una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”⁷⁴. A su entender, esta carga no encontraba justificación en el objetivo de la protección de los derechos de los trabajadores justamente por su carácter sectorial, pues nada indicaba que dicha protección solamente fuese necesaria en el marco de un contrato público y no en el sector privado.

Esta postura estricta fue posteriormente confirmada en el asunto *Bundesdruckerei*⁷⁵, con ocasión de la licitación de un contrato público que tenía por objeto la digitalización de documentos y la conversión de datos para el servicio de urbanismo de la ciudad de Dortmund. Nuevamente se discutía la admisibilidad de una condición especial de ejecución mediante la cual los licitadores se comprometían a abonar a sus trabajadores un salario mínimo y a exigir a sus subcontratistas que respetasen ese salario, en cumplimiento de las disposiciones

72. STJUE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, asunto C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189.

73. Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [DO L 018, de 21 de enero de 1997].

74. *Rüffert*, aptdo. 37.

75. STJUE de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei*, asunto C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235.

previstas en la legislación del Land alemán de Renania del Norte-Westfalia. La particularidad de este caso residía en que la ejecución del contrato no se iba a llevar a cabo en el Estado miembro de licitación, sino que el recurrente pretendía realizar las prestaciones objeto del contrato exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en Polonia. La cuestión radicaba, pues, en determinar si la aplicación de la normativa alemana a los subcontratistas establecidos en otro Estado miembro resultaba conforme con las disposiciones del Tratado y, más concretamente, con su artículo 56. Tras confirmar que esta medida suponía una restricción de la libre prestación de servicios, el Tribunal entró a analizar la posible existencia de objetivos legítimos que justificasen tal obstáculo y a valorar la proporcionalidad de la misma. A este respecto entendió que, si bien una medida de este tipo podía estar en principio justificada por el objetivo de protección de los trabajadores, no era adecuada para alcanzarlo en tanto su aplicación se encontraba limitada a los contratos públicos. Pero el Tribunal no se detuvo ahí y afirmó que, incluso para el caso de que resultase adecuada, seguiría siendo desproporcionada por cuanto no tenía en cuenta que el coste de vida en el Estado miembro de realización de la prestación era notablemente inferior y, por ende, privaba a las empresas establecidas en el mismo de obtener una ventaja competitiva en el mercado⁷⁶.

Sin embargo, a raíz del asunto *RegioPost* el TJUE se desmarca de la línea jurisprudencial sostenida hasta al momento y adopta una postura mucho más favorable a la incorporación de la obligación de respetar un salario mínimo como condición especial de ejecución de los contratos públicos. En este caso el Ayuntamiento de Landau inició un procedimiento de licitación de un contrato público para la prestación de servicios postales en el municipio durante dos años. Al igual que sucedía en el asunto *Bundesdruckerei*, la normativa del Land –en este caso de Renania-Palatino– obligaba al órgano de contratación a contratar únicamente con aquellas empresas que, en el momento de presentar su oferta, se comprometiesen por escrito a pagar un salario mínimo a los trabajadores que participasen en la ejecución del contrato, así como a garantizar que esta obligación sería cumplida por sus eventuales subcontratistas. La empresa RegioPost presentó junto con su oferta las declaraciones de sus subcontratistas en relación con el salario mínimo, pero no la suya propia, alegando que esta obligación entraba en contradicción con la normativa en materia de contratos públicos. El órgano de contra-

76. *Bundesdruckerei*, aptdos. 32-34.

tación requirió a la empresa para que presentase la declaración referida y, ante su negativa, procedió a excluirla del procedimiento de licitación.

El órgano jurisdiccional remitente preguntó al TJUE, en esencia, si una normativa nacional como la referida era compatible con el artículo 56 del TFUE en relación con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE sobre trabajadores desplazados. Para dar respuesta a esta cuestión prejudicial, el Tribunal reformuló las cuestiones planteadas y comenzó haciendo alusión al artículo 26 de la Directiva 2004/18 sobre contratos públicos. A este respecto recordó que las condiciones especiales de ejecución del contrato han de ser compatibles con el Derecho comunitario y, dado que la citada Directiva no regula el ámbito de estas condiciones de forma exhaustiva, es necesario observar la medida controvertida a la luz de las disposiciones de Derecho originario⁷⁷. Sin embargo, en lugar de entrar a analizar directamente la compatibilidad de la medida con el artículo 56 del TFUE, el Tribunal determinó previamente que ésta era conforme con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE por cuanto fijaba ella misma la cuantía del salario mínimo y en el momento de los hechos ninguna otra normativa nacional imponía un salario inferior en el sector de los servicios postales⁷⁸. En relación con la limitación de esta medida a los contratos públicos, entendió que era una mera consecuencia de la existencia de normas específicas en este ámbito a nivel de la Unión Europea y que su extensión a los contratos privados no resultaba exigible⁷⁹.

Sentado lo anterior, solamente restaba comprobar si la normativa controvertida era conforme o no con el artículo 56 del TFUE y es en este punto donde el razonamiento del Tribunal resulta más lacónico e inesperado. Las constantes alusiones a la doctrina jurisprudencial sentada en los asuntos *Rüffert* y *Bundesdruckerei*, de acuerdo con la cual la imposición de un salario mínimo cons-

77. *RegioPost*, aptdo. 59.

78. *RegioPost*, aptdo. 62. El razonamiento del Tribunal en este punto difiere notablemente del mantenido por el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones, si bien es cierto que la conclusión a la que llegan es la misma: la compatibilidad del establecimiento de un salario mínimo con el Derecho europeo. El Abogado General entendió que la Directiva 96/71/CE no resultaba de aplicación por cuanto la ejecución del contrato no entrañaba un desplazamiento de trabajadores, sino que la empresa *RegioPost* se encontraba establecida en Alemania y no tenía intención de recurrir a mano de obra extranjera para la ejecución del contrato. En su opinión, la normativa controvertida debía ser analizada exclusivamente a la luz del artículo 56 del TFUE, siguiendo el enfoque adoptado en el asunto *Bundesdruckerei*. Véanse las Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi, presentadas el 9 de septiembre de 2015 en el citado asunto *RegioPost*, ECLI:EU:C:2015:566, aptdos. 53-56.

79. *RegioPost*, aptdos. 64-65.

tituye una restricción de la libre prestación de servicios que en principio puede estar justificada por el objetivo de protección de los trabajadores, hacían presagiar una continuidad en el enfoque mantenido hasta el momento⁸⁰. El siguiente paso sería entonces comprobar si la medida nacional cumplía con el principio de proporcionalidad, el cual había desempeñado un papel muy relevante en las sentencias anteriormente referidas⁸¹. Sin embargo, el Tribunal omitió cualquier referencia a este principio y en su lugar realizó una comparación entre las circunstancias concurrentes en este caso y en el asunto *Rüffert* con el propósito de justificar un cambio de rumbo tan significativo, especialmente en lo relativo a su limitación a los contratos públicos, que hasta entonces había sido un factor determinante para declarar la inadmisibilidad de esta medida⁸². De este modo, señaló que en el asunto *Rüffert* el salario mínimo estaba fijado en un convenio colectivo que únicamente resultaba de aplicación al sector de la construcción y que no había sido declarado de aplicación general, mientras que en el presente caso la medida se encontraba prevista en una ley generalmente aplicable a la adjudicación de todos los contratos públicos en el Land de Renania-Palatino y que venía a suplir la ausencia de una protección social mínima⁸³. En consecuencia, el Tribunal declaró la conformidad de la normativa nacional con el Derecho de la Unión Europea.

Sin duda este pronunciamiento guarda coherencia con los esfuerzos realizados por las instancias europeas en los últimos años para promover la incorporación de aspectos sociales en la contratación pública, de modo que no resulta sorprendente que el TJUE se haya pronunciado en este sentido. Sin embargo, su razonamiento deja varias cuestiones en el aire y no aclara las condiciones bajo las cuales la exigencia de respetar un salario mínimo en la ejecución del contrato se considera admisible. Un mayor esfuerzo argumentativo hubiera sido de gran ayuda para disipar estos interrogantes y dotar de una base sólida a esta nueva doctrina.

80. MARIQUE, Y. y WAUTERS, K.: “La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics”, *Marchés & Contracts publics*, núm. 1, 2018, págs. 78-81.

81. BOGDANOWICZ, P.: “Article 56 TFEU and the Principle of Proportionality: Why, When and How Should They be Applied After *RegioPost*?”, en *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the discussion after RegioPost* (Dir. Albert Sánchez-Graells), Hart Publishing, Oxford, 2018, pág. 33.

82. NIELSEN, H. K.: “Labour clauses in public contracts: ILO Convention no. 94 in the European Union after *RegioPost*”, *Public Procurement Law Review*, 26(5), 2017, pág. 205.

83. *RegioPost*, apdos. 74-76.

3.2. El panorama actual en nuestro país: oportunidades y cautelas

El nuevo enfoque adoptado por la jurisprudencia europea en relación con la garantía de un salario mínimo ofrece una clara oportunidad para avanzar en la senda de una contratación responsable. El uso que los órganos de contratación hagan de la misma, sin embargo, ha de ser coherente y meditado. La inclusión de esta condición en los pliegos del contrato ha de ir precedida de un análisis de las características del contrato y de la situación del colectivo que se pretende favorecer, de modo que se pueda valorar adecuadamente la conveniencia o no de su inclusión. Dicho de otro modo, no procede su exigencia generalizada en todo tipo de contratos, sino que será preciso atender a las circunstancias específicas que concurran en cada supuesto.

La especialidad de esta condición hace que solamente tenga sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra⁸⁴. En la práctica los contratos públicos de obras y servicios son los que más se prestan a la incorporación de la garantía de un salario mínimo, mientras que en el caso de los contratos de suministro las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas⁸⁵. Los órganos de contratación tienden a incluir estas condiciones en la contratación de servicios de limpieza de edificios y servicios de seguridad y vigilancia, dado que en estos casos la mano de obra que se necesita para su ejecución es más intensa⁸⁶. De hecho, la exigencia de la aplicación de las tablas salariales recogidas en los convenios colectivos del sector de la seguridad y vigilancia ha dado pie a numerosos pronunciamientos de los tribunales administrativos de recursos contractuales, que a día de hoy no han llegado a un consenso claro con respecto a su validez.

La admisibilidad de esta exigencia como condición especial de ejecución ha sido respaldada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la

84. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 1/2015, de 17 de marzo.

85. Así lo ha reconocido la propia Comisión Europea en su *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, *op. cit.*, pág. 2.

86. BLANCO LÓPEZ, F.: “La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 18, 2018, págs. 156-157.

Comunidad de Madrid en múltiples de sus resoluciones. Un ejemplo de esta postura lo encontramos en su resolución 19/2018, de 10 de enero, donde argumenta que esta medida no supone la imposición de un determinado convenio colectivo ni la aplicación de su contenido, sino que simplemente se toman como referencia las tablas salariales para garantizar que los trabajadores asignados a la ejecución del contrato reciben un salario mínimo. Entiende que, a pesar de que el salario no forma parte de la sustancial material de la prestación, sí influye en la ejecución más o menos pacífica de la misma. Para llegar a esta conclusión toma en consideración la precariedad laboral existente en el sector de la seguridad y vigilancia, así como las repercusiones que esta situación puede tener en el curso de la ejecución del contrato. En efecto, muchas de las empresas de este sector han hecho uso de la posibilidad de “descuelgue” del convenio sectorial que les reconoce la legislación laboral⁸⁷, con la consiguiente reducción de los salarios y un aumento de la conflictividad que puede poner en riesgo la adecuada prestación del servicio.

En sentido contrario se ha pronunciado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco en su resolución 1/2018, de 3 de enero, que declara la ilicitud de una condición especial de ejecución que exigía que la empresa adjudicataria garantizase, como mínimo, las condiciones laborales y en materia retributiva contempladas en el convenio colectivo sectorial. El razonamiento expuesto en esta decisión parte de la base de que una estipulación como la analizada podría hacer que algunos licitadores perdieran la ventaja competitiva que les aporta abonar sueldos bajos, siempre que sean respetuosos con el marco normativo en vigor⁸⁸. En particular, se estaría penalizando a las empresas que se han descolgado del convenio aplicable y conculcando el principio de libertad de pactos, por cuanto se pretende imponer un determinado contenido a las relaciones legítimamente configuradas entre el empresario y el trabajador. Bien es cierto que en este supuesto los mínimos exigidos no se limitaban a la aplicación de las tablas

87. De acuerdo con el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las empresas podrán inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable que afecten al sistema de remuneración y cuantía salarial –entre otros aspectos– cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

88. En este punto el OARC se apoya en su anterior resolución 59/2017, de 16 de mayo, en la cual se debatía la posibilidad de que los pliegos del contrato impusieran al adjudicatario un concreto convenio colectivo.

salariales, como sucedía en la resolución anteriormente analizada, sino que se pretendía la aplicación de buena parte de las condiciones reguladas en el convenio sectorial.

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sido contundente al afirmar que estas cláusulas no pueden redactarse de modo genérico, sino que es preciso indicar los convenios colectivos de aplicación y las condiciones económicas específicas que deberá cumplir el empresario frente a sus trabajadores. En este sentido, ha señalado que “la condición especial de ejecución ha de establecerse, configurarse y determinarse caso por caso, con precisión y detalle, única forma de establecerla en un contrato como condición exigible, y única forma de apreciar su vinculación o no con el objeto del contrato, la prestación principal y los factores que en su ejecución intervienen y que no es discriminatoria ni directa ni indirectamente, y única forma de dotar de seguridad jurídica a la empresa adjudicataria contratista a los efectos de su cumplimiento o incumplimiento (...)”⁸⁹. Es evidente que exigir sin más el cumplimiento de obligaciones salariales, sin mayor precisión, genera una situación de incertidumbre acerca de cuáles son las obligaciones cuya inobservancia puede derivar en la resolución del contrato.

En líneas generales, dicho Tribunal se ha mostrado reacio a admitir la inclusión de este tipo de cláusulas en la documentación contractual, especialmente cuando se configuran como criterios de adjudicación del contrato. La importancia de la mano de obra en los contratos de seguridad y vigilancia implica que los costes salariales constituyan la parte esencial del precio, hasta el punto de que la competencia entre los licitadores se limita prácticamente a este aspecto. Por esta razón, el hecho de otorgar una mayor puntuación en atención a la cuantía del salario es susceptible de distorsionar la competencia en el mercado, sin que este efecto se vea compensado con una mejor prestación del servicio⁹⁰. Sin embargo, tampoco ha admitido su configuración como condiciones especiales de ejecución, sin dejar muy claras las razones por las cuales hace extensible a las mismas la doctrina sentada en relación con los criterios de adjudicación⁹¹.

Estas disparidades en la doctrina sentada por los tribunales administrativos de recursos contractuales evidencian que todavía queda mucho por decir en rela-

89. Resolución del TACRC 1071/2018, de 23 de noviembre.

90. Resolución del TACRC 1059/2016, de 16 de diciembre.

91. En este sentido, véase la resolución del TACRC 663/2017, de 21 de julio.

ción con esta cuestión. Con todo, ya es posible adelantar que los órganos de contratación han de ser cautelosos a la hora de exigir la garantía de un salario mínimo, de modo que esta condición responda a una necesidad real de protección del colectivo en cuestión y no sea una mera fórmula de estilo carente de efectividad práctica. Es preciso tener en mente que la correcta satisfacción del interés público que se persigue con la contratación ha de ser necesariamente conciliada con los intereses de los operadores económicos, que no podrán verse limitados si no existen motivos suficientes que lo justifiquen en atención a las circunstancias del caso concreto.

4. Conclusiones

La contratación pública socialmente responsable se enmarca en un nuevo modelo de gobernanza en el cual las entidades contratantes ya no solo se preocupan por el producto que adquieren, sino que toman en consideración factores como la procedencia del bien o el modo en que se presta el servicio. El marco normativo vigente ofrece un amplio abanico de posibilidades para la integración de políticas sociales en este sector que deben ser aprovechadas y que demandan un papel activo de los diversos agentes que operan en el mercado de las compras públicas. En este sentido, es capital que los entes del sector público diseñen estrategias de contratación claras que les permitan sacar el máximo rendimiento a este proceso y orientar el comportamiento de los operadores económicos hacia modelos de negocio más sostenibles.

Esta labor de planificación ha de ir necesariamente acompañada de una mayor profesionalización en el sector público. La elección sobre el tipo de cláusula que se va a incorporar y el momento oportuno para hacerlo debe ir precedida de un análisis de las circunstancias concretas en que se desarrolla la licitación. Para ello, es imprescindible que el órgano de contratación tenga cierto conocimiento del sector y sea capaz de evaluar las eventuales repercusiones de su actuación sobre la competencia. En caso contrario, la eficiencia de la contratación podría verse gravemente comprometida, al tiempo que se estaría causando un perjuicio innecesario a los licitadores y a la ciudadanía en general.

Con todo, el factor clave para que la contratación socialmente responsable se convierta en una realidad es la articulación de una serie de mecanismos de control durante la fase de ejecución del contrato. Los órganos de contratación han de tomar las medidas oportunas para verificar que el contratista cumple con las

condiciones que le han sido impuestas y, en su caso, reaccionar ante un eventual incumplimiento. A la postre, por mucho que las fases de preparación y adjudicación del contrato se hayan sustanciado de forma óptima, la satisfacción de las necesidades públicas depende fundamentalmente de la correcta ejecución del contrato.

Bibliografía

- ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. I, 3ª Ed., Sweet & Maxwell, London, 2014.
- *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010.
- “Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy”, *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, págs. 149-186.
- BARRERO C.: “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 52-70.
- BERNAL, M.A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, Zaragoza, 2008, págs. 211-252.
- BLANCO, F.: “La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 18, 2018, págs. 139-168.
- BOGDANOWICZ, P.: “Article 56 TFEU and the Principle of Proportionality: Why, When and How Should They be Applied After *RegioPost*?”, en *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the discussion after RegioPost* (Dir. Albert Sánchez-Graells), Hart Publishing, Oxford, 2018, págs. 29-44.
- CARANTA, R.: “Sustainable Public Procurement in the EU”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 15-51.
- CERRILLO, A.: “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 319-368.
- COSTAMAGNA, F.: “Minimum wage between public procurement and posted workers: anything new after the *RegioPost* case?”, *European Law Review*, 42(1), 2017, págs. 101-111.

- DE GUERRERO, C.: “Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, 2019, disponible en el siguiente enlace: https://www.aragon.es/documents/20127/674325/guia_clausulas_sociales.pdf/dfb451dd-037a-c1d0-13cf-47dd2c36ca45 [Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2019]
- “La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 19, 2018, págs. 141-177.
- DELGADO, M.R.: “Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 175-188.
- DÍEZ, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 193-217.
- DRAGOS, D. & NEAMTU, B.: “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335.
- FERNÁNDEZ, R.: “Las obligaciones de transparencia no finalizan con la formalización del contrato público”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 181-210.
- “Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 29-51.
- “Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta”, en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.
- FERRANDO, F.M. & RODRÍGUEZ, M.M.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al “dumping” social”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 217-238.

- GALLEGO, I.: “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 92-113.
- “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (Dir. Belén García Romero; María Magnolia Pardo López), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 81-112.
- GIMENO, J.M.: *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- “La calidad como nuevo paradigma de la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 159, 2019, pág. 3.
 - “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, págs. 241-287.
 - *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
 - “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2013* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 27-80.
- GÓMEZ, B. & VALCÁRCEL, P.: “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 79-101.
- GONZÁLEZ, J.: “Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System”, en *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (Dir. Roberto Caranta; Martin Trybus), DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, págs. 235-257.
- GOSÁLBEZ, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, págs. 27-67.
- GRIMALDOS, M.I.: “El impulso de la responsabilidad social de la empresa en las entidades de economía social: los deberes de los administradores de las sociedades laborales como caso paradigmático”, *CIRIEC-España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 33, 2018, págs. 73-104.

- HERNÁNDEZ, J.A.: “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2083-2149.
- KAHLENBORN, W., MOSER, C., FRIJDAL, J. et al.: *Strategic Use of Public Procurement in Europe. Final Report to the European Commission*, MARKT/2010/02/C, Adelphi, Berlín, 2011.
- MARIQUE, Y. & WAUTERS, K.: “La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics”, *Marchés & Contracts publics*, núm. 1, 2018, págs. 57-88.
- MARTÍNEZ, J.M.: “La transparencia en la contratación pública”, en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir. José María Gimeno Feliú), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 803-826.
- MEDINA, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 253-279.
- “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, págs. 213-240.
 - “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 43-94.
 - “Social considerations in Spanish public procurement law”, *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 2011, págs. 56-79.
- MENÉNDEZ, E.M.: “La extinción del contrato: la resolución”, en *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2331-2361.
- MIRANZO, J.: “La contratación pública como motor de cohesión social tras la ley 9/2017”, *Gabilex*, núm. Extra 1, 2019, págs. 207-228.
- MOLINA, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de “legitimidad” al de sus “límites””, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 135, 2016, págs. 79-110.
- MORENO, J.A.: *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2018.

- MORENO, J.A. & PLEITE, F.: *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 712-713.
- NIELSEN, H.K.: “Labour clauses in public contracts: ILO Convention no. 94 in the European Union after RegioPost”, *Public Procurement Law Review*, 26(5), 2017, págs. 201-219.
- PALACÍN, B.: “Contratación pública social”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, págs. 70-81.
- PERNAS, J.J.: “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en *La contratación pública a debate: presente y futuro* (Dir. Rafael Fernández Acevedo; Patricia Valcárcel Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 345-379.
- “Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde”, en *Observatorio de políticas ambientales 2014* (Coord. Fernando López Ramón), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 431-462.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J.: “La contratación del sector público como política pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44.
- TREPTE, P.: *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- VALCÁRCEL, P.: “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de los operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018* (Dir. José María Gimeno Feliú), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 93-130.
- “La fase de ejecución de los contratos públicos y su control”, Ponencia dictada en el *II Congreso Anual del Observatorio de Contratación Pública. Por una contratación pública transparente y sostenible*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 13 y 14 de noviembre de 2018.
- “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. José Pernas García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 329-368.
- VARGAS, A. & VACA, R.M.: “Responsabilidad Social Corporativa y cooperativismo: vínculos y potencialidades”, *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 53, 2005, págs. 241-260.

CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE. EL CASO DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN

Virginia Bragado López

Noelia Muñoz del Nogal

Vicente Luis Enciso de Yzaguirre

Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila

RESUMEN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, articula los medios para establecer y diseñar criterios de adjudicación que permitan “obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores”.

Las administraciones públicas han comenzado a adaptarse a la Ley y resulta de interés poder conocer el grado de cumplimiento.

En este sentido, analizamos el comportamiento de las condiciones de contratación de la Junta de Castilla y León mediante el análisis comparativo de una muestra aleatoria de los pliegos de contratación emitidos desde 2016 a 2018.

Tomaremos como base el Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, y utilizaremos como referencia, el elenco de indicadores planteados por Gutiérrez Ponce, Nevado Gil y Pache Durán.

PALABRAS CLAVE: Legislación sostenible, contratación administraciones públicas, indicadores sociales y medioambientales.

CLAVES ECONLIT: A13, H57, H76, J88, K12, K20.

PUBLIC PROCUREMENT RESPONSIBLE. THE CASE OF THE JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN

EXPANDED ABSTRACT

Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, which transposes the Directives of the European Parliament and of the Council 2014/23 / EU and 2014/24 / EU into Spanish law, as indicated in its preamble deals with "to achieve greater transparency in public procurement, and to achieve a better value for money".

The means are articulated to be able to establish and design award criteria that allow "to obtain high quality works, supplies and services, specifically through the inclusion of qualitative, environmental, social and innovative aspects linked to the object of the contract" and, in addition, allow use "public procurement as an instrument to implement both European and national policies on social, environmental, innovation and development".

Public administrations have begun to adapt to the Law and it is of interest to be able to know the degree of fulfillment of the ambitious objectives that it poses.

In this sense, throughout the article we analyze the behavior of the contracting conditions of the Junta de Castilla y León through the comparative analysis of a random sample of the contracting documents issued in the period 2016 to 2018 to establish the degree of adaptation to the criteria established by the Law.

For this we will take as a basis the contents of the Agreement 44/2016, of July 21, of the Junta de Castilla y León, which approves binding guidelines for the contracting bodies of the General and Institutional Administration of the Community of Castile and León on the incorporation of social aspects in hiring and we will use as a reference, among others, the list of ethical indicators recently raised by teachers Gutiérrez Ponce, Nevado Gil y Pache Durán.

The regulations which apply to public contracts, both European and Spanish, and also the regional one corresponding to the Autonomous Community of Castilla y León argue that public procurement must be an essential tool to implement both European and national policies in social and environmental matters and innovation and development, not only through the object of the contract, but through the inclusion in the contract documents that establish conditions of social contracting of an environmental nature and that favor innovation and development.

In the case of the Autonomous Community of Castile and Leon, from the normative point of view, there is a voluntary policy when it is stated that it is necessary to align with the criteria established by the European Union but it is, rather, a I wish that it is not completed: it has only been legislated to date in relation to the inclusion in public contracts of clauses that we can call social, ignoring environmental and those that favor innovation and development.

Public Administrations have systematically breached the deadlines set by Directives 2014/23 / EU, 2014/24 / EU and 2014/25 / EU for transposing them to both national and regional legislation.

We have been able to verify that an efficient procedure to establish a judgment on the degree of compliance with a legal norm by a public administration is: first, to establish a number of theoretical indicators that may reflect compliance with partial aspects of a specific norm; secondly, to carry out a search for the presence of the aforementioned indicators in the actions of that administration that are subject to these regulations and, finally, to measure the degree of compliance in a percentage way by relating the indicators complied in relation to all the indicators noted.

This methodology is not intended to assess the importance of possible breaches, since we are aware that the severity of the breach of each indicator will be different, but to establish a judgment on the rigor of each organ of the executive branch regarding compliance with the rules emanating from the corresponding legislative branch in each specific area.

From these statements we can assure that:

1. There is little regulation by the Administrations and Organs of the Autonomous Community of Castilla y León. One of the main problems encountered in carrying out the study is the lack of environmental legislation in the field of Castilla y León. Some environmental indicators have been found but derived from the object of the contract itself or from a certain compliance with national laws.
2. The Autonomous Community of Castile and León must legislate in relation to the transposition of European and national standards in relation to the inclusion of contractual conditions of an environmental nature to progress in the line of an increasingly responsible public procurement.
3. Likewise, the Autonomous Community of Castilla y León must modify its legislation in order to accept the provisions of European and national regulations regarding the

inclusion of clauses that favor innovation and development in order to obtain a responsible public procurement.

4. The usefulness and effectiveness of the indicators proposed by Gutiérrez Ponce, Nevado Gil and Pache Durán is evident in the article mentioned since they widely reflect the current situation of the implementation of this type of clauses in public procurement in the Autonomous Community of Castilla and León; although they do not develop indicators related to innovation and development.
5. Entering in detail the results of the study, the result of the application of the aforementioned indicators in the public tenders that were part of the selected sample:
 - a) The criteria that are currently being used to implement social and environmental aspects, reflected in the degree of compliance with responsible contracting in Castilla y León, it can be concluded that the current legislative modification has not had the desired impact: before the legal modifications the degree of compliance according to the indicators was 14% and after them it is 13% in its total calculation.
 - b) If we stop at the results of the social indicators, reflected in the degree of compliance with responsible contracting in Castilla y León, both before the Law and after its publication, it is 15%, so in this variable it has not produced any improvement.
 - c) If we analyze the results of the environmental indicators, reflected in the degree of compliance with responsible contracting in Castilla y León before the Law was 13%, after the Law it is 8% so in this variable the degree Compliance is lower: the sensitivity and commitment in environmental matters is not reflected in current regulations and does not favor responsible public procurement.
6. Results obtained in the present investigation come to corroborate that there is still a long way to go in order to talk about a responsible public procurement in Castilla y León. For this, public procurement must deepen aspects of social matters and initiate the environment, the innovation and the development of future tenders.
7. The aspect related to innovation and development is completely abandoned from both the legislation and the indicators analyzed, only two variables, social and environmental, are being used, when in reality the variables related to innovation and development should be included.
8. In relation to future lines of research, we believe that the development of indicators related to innovation and development is necessary. As well as the extension of the sample, including these indicators, for the contrast of the methodology used in this investigation.

KEY WORDS: Sustainable legislation, Contracting public administrations, Social and environmental indicators Social responsibility.

SUMARIO

1. Introducción y estado de la cuestión. 2. Objeto del trabajo y metodología empleada. 3. Resultados. 3.1. Resultados de los indicadores sociales. 3.2. Resultados de los indicadores medioambientales. 3.3. Resultados totales considerando todos los indicadores, tanto sociales como medioambientales. 3.4. Resultados comparativos antes y después de la publicación de la Ley. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción y estado de la cuestión

La contratación que realizan las diferentes administraciones públicas supone anualmente un importante porcentaje del volumen de contratación nacional en todos los sectores de actividad del país. Así, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)¹ estima que para el año 2015 el peso de la contratación pública supuso el 18,5% del PIB español.

No cabe duda de la influencia que dicha contratación pública ejerce en la actividad ordinaria, ya que las características de la contratación pública inciden directamente, tanto en la asignación de recursos y en el volumen de actividad de cada sector productivo, como en su orientación estratégica².

Podemos asegurar que la actividad económica de un país encuentra en la contratación pública un importante estímulo para su actividad y, además, un indicador relevante de cara al desarrollo futuro de las empresas y de las organizaciones que atienden los mercados³.

Sectores como los relacionados con la innovación, las nuevas tecnologías y la transformación digital están experimentando estos últimos años un gran desarrollo y, en una buena parte, ese empuje, provocado por la demanda, se debe

1. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) Radiografía de los Procedimientos de Contratación Pública en España. 2019. pág. 6. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2314114_5.pdf

2. Pinilla Rodríguez, D.E., Jiménez Aguilera, J.D. y Montero Granados, R. (2013). Gasto público y crecimiento económico. Un estudio empírico para América Latina. Cuadernos de Economía, 32(59), 181-210.

3. Rodríguez-Benavides, D. y López-Herrera, F. Desarrollo económico y gasto público de las entidades federativas en México: Análisis de cointegración en panel y la ley de Wagner. Gestión y política pública. vol.23 no.2 México jul./dic. 2014.

también a las decisiones estratégicas de las administraciones públicas ante el reto del cambio.

Mucho se ha escrito de la necesidad de eficiencia en el planteamiento del gasto público –no solo se deben conseguir los objetivos previstos sino que, además, se deben alcanzar con el mínimo de recurso empleados para ello- pero en los últimos años se van introduciendo algunos valores de carácter social, laboral y medioambiental inherentes al hecho de gastar por parte de las administraciones públicas, todos ellos relacionados, en alguna medida, con aspectos que hacen referencia a la responsabilidad social.

Así pues, el gasto público, no solo debe ser eficiente y estratégico, sino que puede ser una herramienta en manos de los responsables políticos para desarrollar, entre otras, políticas de igualdad, de sostenibilidad y de carácter medioambiental.

Que la contratación pública, además de desempeñar un papel esencial en el crecimiento económico debe tener presente consideraciones de tipo social, medioambiental, de innovación y desarrollo viene recogido expresamente por la legislación europea en la segunda década del siglo XXI.

Así, la Comisión Europea en su documento “Europa, 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010)2020 final, de 3 de marzo]”⁴ recoge estos conceptos que posteriormente desarrollará en el “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”⁵.

El Libro Verde no solo insiste en la necesidad de una mayor eficiencia económica de la contratación pública como una importante contribución en orden a la consecución de los objetivos estratégicos de Europa 2020 sino que, propone la utilización por parte de las administraciones públicas de su poder adquisitivo para promover la innovación, el respeto del medio ambiente, la reducción del consumo energético, la mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales, y la igualdad e inclusión de los más desfavorecidos⁶. Además, el citado Libro Verde dedica todo un capítulo a las consideraciones sobre la utilización de la contrata-

4. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?url=CELEX%3a52010DC2020>

5. Cfr. Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. COM (2011) 15 final. Bruselas, 27.1.2011.

6. Cfr. Citado Libro Verde, pág. 4 y 5.

ción pública como instrumento de creación de ventajas estratégicas: la eficiencia global exige no solo establecer “cómo comprar” sino determinar “qué comprar”⁷.

Como desarrollo de esta propuesta, se dictaron tres Directivas que resultan determinantes: Directiva 2014/23/E, de 26 de febrero de 2014⁸, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁹, relativa a la contratación pública; y, Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014¹⁰, sobre contratación pública en determinados sectores de carácter estratégico.

En todos estos textos legales se contempla de manera relevante el respeto a los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de proporcionalidad, de transparencia, la integración de aspectos sociales a lo largo de todo el proceso de contratación y el fomento de la contratación con pequeñas empresas.

En la legislación nacional se recogen, desde el año 1988¹¹, criterios de carácter negativo, vetando el acceso a los contratos públicos a quienes hayan sido sancionados o condenados por infracciones o delitos en materia socio-laboral o también, determinando alguna preferencia por aquellas empresas en cuya plantilla haya un número de discapacitados que representen una proporción respecto del total de empleados.

Actualmente, y como transposición de las Directivas del Parlamento y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹², en su Exposición de Motivos afirma:” Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualita-

7. Cfr. Citado Libro Verde, cap. IV.

8. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80597

9. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80598

10. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80599

11. Cfr. Artículo 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos y Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

12. Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272 de 09 de Noviembre de 2017.

tivos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar.

En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las relativas al empleo que se listan en el artículo 202¹³. Así, queda recogido en el número uno de su articulado¹⁴.

Respecto a la legislación correspondiente a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ya en el año 2012 se establece la incorporación de cláusulas de tipo social

13. El artículo 202 dice: “En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica”.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

14. Cfr. Artículo 1.3. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272 de 09 de noviembre de 2017: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

en la contratación pública reservando determinados contratos a centros especiales de empleo y reseñando, entre otras cosas el valor social de las obras, los productos o los servicios a contratar. En este sentido se aludirá al empleo de personas en situación o riesgo de exclusión, la inserción de personas con discapacidad, la estabilidad en el empleo, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la conciliación de la vida familiar y laboral, etc¹⁵.

Posteriormente, en el año 2016, se establecen con más detalle las cláusulas sociales¹⁶, haciendo especial mención, entre otros asuntos, a las empresas de inserción, pero nada se regula respecto a las cláusulas de tipo medioambiental ni las cláusulas de innovación y desarrollo.

Se debe dejar constancia del incumplimiento global por parte de la Administraciones Públicas de España de los plazos señalados por las Directivas que venimos citando para su transposición a la legislación española ya que, como se señala en todas ellas, “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 18 de abril de 2016¹⁷.”

2. Objeto del trabajo y metodología empleada

En los últimos tiempos se han producido numerosas aportaciones tanto desde el campo académico como desde las administraciones públicas. En este sentido, resultan de interés el trabajo de Gallego Córcoles¹⁸ el trabajo de Díez Sastre¹⁹ que realiza un análisis crítico de la evolución jurisprudencial y normativa de los criterios que ordenan la utilización de cláusulas sociales; el trabajo de Burzaco

15. Cfr. Artículo 4.1. y 4.2. del Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública.

16. Cfr. Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación.

17. Cfr. Artículo 51 de la Directiva 2014/23/UE, artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 106 de la Directiva 2014/25/UE.

18. Gallego Córcoles, I. La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. DA. Nueva Época. Nº 4, Enero-Diciembre 2017. Págs. 92-113.

19. Díez Sastre, S. Las cláusulas sociales en la contratación pública. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Nº. 21, 2017 págs. 195-219.

Samper²⁰ sobre la capacidad e innovación social de los contratos públicos; el trabajo de Juan Gómez²¹ sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en las diferentes fases de la contratación pública y en especial el trabajo de Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T. y Pache Durán, M.²² que permite al evaluación de la aplicación de este tipo de cláusulas mediante el diseño de indicadores.

Así, el objetivo de este trabajo es comprobar el comportamiento de las condiciones de contratación de la Junta de Castilla y León mediante el análisis comparativo de una muestra aleatoria de los pliegos de contratación emitidos en el periodo 2016 a 2018 para establecer el grado de adaptación a los criterios que establece la Ley utilizando para ello los indicadores propuestos por Gutiérrez Ponce, anteriormente citados.

Para establecer la metodología de esta investigación se realiza un estudio exploratorio, descriptivo y analítico sobre las citadas condiciones de contratación de la Junta de Castilla y León.

Como punto de partida se utiliza el portal del Boletín Oficial de Castilla y León, para, de forma exploratoria y mediante una consulta avanzada, se realiza una búsqueda de los pliegos de contratación emitidos en el periodo ya referenciado.

En dicha consulta, se identifican los resultados de los cuales se han podido analizar el 45% que forma el muestreo de análisis, suficientemente significativo respecto del comportamiento de las Consejerías de la Junta de Castilla y León en relación con las directrices establecidas sobre la contratación pública responsable. El resto han resultado desestimados.

El criterio para esta selección fue que el Organismo fuera una de las diez Consejerías²³ que establecen la estructura orgánica básica de la Administración

20. Burzaco Samper, M. La contratación pública como instrumento activo de innovación social. CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa, Nº. 33, 2018. págs. 259-294.

21. Juan Gómez, M. Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual. Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas. Nº. 155, 2018, págs. 6-21.

22. Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T. y Pache Durán, M. La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición. CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa, Nº. 96, 2019, págs. 253-280.

23. Consejería de la Presidencia, Consejería de Transparencia, Ordenación del Territorio y Acción Exterior, Consejería de Economía y Hacienda, Consejería de Empleo e Industria, Consejería de Fomento y Medio Ambiente, Consejería de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, Consejería de Sanidad, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Consejería de Educación y Consejería de Cultura y Turismo.

de la Comunidad de Castilla y León. Fruto de la consulta realizada se han obtenido licitaciones que hacen referencia a cuatro Consejerías, Economía y Hacienda, Sanidad, Fomento y Medio Ambiente, y Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural. Quedando excluidas bajo este criterio 3 resultados porque el organismo licitante no era una Consejería²⁴.

Una vez seleccionada la muestra de los resultados se ha procedido a la búsqueda de los pliegos de contratación, para la cual se ha utilizado el portal de Contratación pública de la Junta de Castilla y León²⁵. Los restantes resultados que fueron excluidos del estudio, fruto de la imposibilidad de encontrar los pliegos de contratación y por tanto por carecer de la información necesaria y suficiente para poder realizar el estudio.

En relación al análisis de los pliegos de contratación se ha realizado siguiendo los pasos que se detallan a continuación:

- Obtención de la información: búsqueda de los pliegos de contratación (Pliego de cláusulas administrativas y pliego de prescripciones técnicas).
- Transcripción de los datos de cada uno de los pliegos a las tablas de codificación lo que permitirá la comparativa bajo los mismos criterios de todos los resultados.
- Análisis: Agrupación de la información por categorías (Medio ambiente y aspectos sociales) que concentran temas similares. La fase de análisis permite el tratamiento de la información, con el objetivo de determinar los factores clave y facilitar su comprensión para la posterior fase de comparativa.
- Comparativa: Para la extracción de los datos y su comparativa se exportó la información a Excel. Pretendiendo revisar comparativamente las condiciones y criterios entre sí buscando similitudes y diferencias.
- Resultados: Tras un esfuerzo de sistematización de los criterios y de síntesis de toda la información recopilada durante el estudio se han obtenido los resultados que se desarrollan más adelante en el apartado correspondiente.

24. Cuyo Organismo era la Universidad de Salamanca y no una de las 10 Consejerías.

25. A partir del 17 de abril de 2018 la publicación de los nuevos anuncios de licitación y demás información de los perfiles de contratante de los órganos de contratación y poderes adjudicadores de la Administración de la Comunidad de Castilla y León estará disponible en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Seguirá publicándose en esta Plataforma la Información de los expedientes de contratación ya publicados antes del 17 de abril hasta su liquidación.

Tabla 1. Indicadores sociales

INDICADORES SOCIALES		
FASES DE CONTATACIÓN		INDICADORES
PREPARACIÓN	Objeto del contrato	- Alusiones sociales explícitas en la definición del objeto del contrato
	Prohibición para contratar	- Cumplimiento de la obligación de contratar un 2% de personas con discapacidad (50 o más trabajadores) - Cumplimiento de la obligación de contar con un Plan de Igualdad
	Solvencia técnica social	- Experiencia en prestación de servicios sociales
	Contratos reservados	- Reserva la participación en la licitación a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción y otras Entidades destinadas a la Inserción con una discapacidad que, debido a Inserción y otras Entidades destinadas a la Inserción con una discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, y/o personas en riesgo de exclusión social legalmente constituidos y registrados
ADJUDICACIÓN	Criterio de adjudicación	- Puntuación por contratación de personas con discapacidad - Puntuación por contratación de personas o colectivos en situación o riesgo de exclusión social - Puntuación por utilización de productos de Comercio Justo - Puntuación por contratación de mujeres - Puntuación por establecer Planes de igualdad y/o medidas de conciliación - Puntuación por mejorar las condiciones laborales - Puntuación por generación de empleo - Puntuación por subcontratación de Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo
	Criterio de preferencia	- Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla - Menor porcentaje de trabajadores temporales en plantilla - Mayor porcentaje de mujeres en plantilla
EJECUCIÓN	Condiciones de ejecución	- Obligación de contratar personas con discapacidad - Obligación de emplear a personas en situación o riesgo de exclusión social - Obligación de utilizar productos de Comercio Justo - Obligaciones en materia de igualdad de mujeres y hombres - Obligar el cumplimiento a lo largo de toda la ejecución contractual de todas las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales en vigor en materia laboral, de seguridad social, y de seguridad y salud en el trabajo que sean aplicables a las personas trabajadoras vinculadas a la ejecución del contrato - Obligar a emplear un porcentaje mínimo de plantilla indefinida sobre el total del personal - Obligación de mantener el empleo y la plantilla - Obligación de cumplir derechos humanos y criterios éticos - Obligación de no tributar en paraísos fiscales - Obligación de contratar con Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo

Fuente: Elaboración propia a partir de los indicadores propuestos por Gutiérrez et al²⁶.

26. Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T. y Pache Durán, M. La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición. CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa, Nº. 96, 2019, págs. 253-280.

Como decíamos, para tipificar y evaluar las condiciones de contratación en cada uno de los pliegos se han utilizado la herramienta de medición²⁷ diseñada por Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T. y Pache Durán, M.²⁸.

En la TABLA 1. INDICADORES SOCIALES se detallan los criterios establecidos en dicha herramienta en cuanto a los indicadores sociales y en la TABLA 2. INDICADORES MEDIOAMBIENTALES los de carácter medioambiental.

Tabla 2.
Indicadores medioambientales

INDICADORES MEDIO-AMBIENTALES		
FASES DE CONTATACIÓN		INDICADORES
PREPARACIÓN	Objeto del contrato	- Alusiones medioambientales explícitas en la definición del objeto del contrato
	Solvencia técnica social	- Certificados de gestión medioambiental
ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN	Adjudicación y ejecución	<ul style="list-style-type: none"> - Reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyendo así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible - Empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética - Utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato - Utilización de productos ecológicos - Mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato - Gestión más sostenible del agua - Fomento del uso de las energías renovables - Promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables - Impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica

Fuente: Elaboración propia a partir de los indicadores propuestos por Gutiérrez et al²⁹.

27. Consistente en los pronunciamientos internacionales generalmente aceptados, en consonancia con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24UE, de 26 de febrero de 2014. Además en la citada Ley se ha tenido en cuenta lo establecido en relación a la inclusión de los criterios sociales y medioambientales en las distintas fases del contrato.

28. Cfr. Artículo citado.

29. Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M.T. y Pache Durán, M. La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición. CIRIEC-España. Revista de economía pública, social y cooperativa, Nº. 96, 2019, págs. 253-280.

En nuestro estudio además de aplicar los indicadores anteriormente expuestos hemos realizado una cuantificación de los mismos. De este modo, podremos obtener la información sobre el grado de cumplimiento en cada una de las fases de la contratación en función de los dos parámetros establecidos: social y medio ambiental.

La metodología utilizada para la cuantificación de los indicadores ha consistido en la valoración de cada indicador en cada una de las fases de contratación (entre 0 y 1), una vez realizada esta fase la siguiente ha consistido en la valoración porcentual, teniendo en cuenta el resultado individual con respecto al total de indicadores que se contempla en cada fase. Y por último hemos cuantificado el grado de cumplimiento total de cada bloque de indicadores en función de los dos parámetros: social y medioambiental, para lo cual hemos aplicado del sumatorio de las puntuaciones de cada fase teniendo en cuenta el total de indicadores dentro de cada una de ellas.

De esta manera el resultado y la comparativa responden a una cuantificación de cada tipo de criterios en las licitaciones. Además, de facilitar la comparativa entre expedientes y agilizar la fase de codificación.

3. Resultados

El análisis de los resultados responde a dos planteamientos. En primer lugar, se analizan los pliegos de contratación emitidos antes de la publicación de la Ley; en segundo lugar, los relativos a los emitidos posteriormente a la publicación de dicha Ley. En ambos casos se observarán las condiciones de contratación, de la Junta de Castilla y León, en cuanto a los indicadores sociales y los medioambientales. Posteriormente, mediante el estudio comparativo de la muestra de todos los pliegos, se establecerá el grado de adaptación a los criterios establecidos en la Ley y que se recogen en la herramienta utilizada para el estudio.

Uno de los objetivos de la mencionada Ley es establecer como obligatoria la inclusión de criterios de adjudicación de carácter medioambiental, social e innovadores vinculados al objeto del contrato. Es por ello que en nuestro estudio establecemos los resultados en función de esos dos indicadores sociales y medioambientales.

Tal y como hemos establecido se han analizado el 45% de la muestra, por lo que los resultados son sobre ese porcentaje, se ha especificado a qué Consejería pertenecen para poder establecer la comparativa.

3.1. Resultados de los indicadores sociales

Tomando como base a estos indicadores medio ambientales la TABLA 3. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DE LOS INDICADORES SOCIALES EN CADA FASE DE CONTRATACIÓN POR CONSEJERIAS recoge los resultados agrupados por Consejerías.

Como resultado total del grado de cumplimiento de los indicadores sociales sobre la muestra analizada resulta ser de un 15% del total de indicadores propuestos.

Cabe destacar que tan sólo dos Consejerías alcanzan un grado de cumplimiento superior al 15%. Así, la Consejería de Economía y Hacienda presenta un grado de cumplimiento del 16% y la Consejería de Agricultura y ganadería con un grado de cumplimiento del 19%.

La Consejería que menor grado de cumplimiento obtiene, es la Consejería de Sanidad, con tan solo un 10% de cumplimiento.

Si analizamos el resultado total obtenido, pero teniendo en cuenta cada una de las fases de contratación obtenemos los siguientes resultados por cada fase:

Fase de Preparación

Se obtiene como resultado total de cumplimiento un 8%.

Según el método utilizado, existen cinco indicadores sociales posibles según la herramienta de medición utilizada.

De estos cinco indicadores hay dos que no se cumplen nunca en esta fase de contratación:

- Cumplimiento de la obligación de contratar un 2% de personas con discapacidad (50 o más trabajadores)
- Experiencia en prestación de servicios sociales.

Estos dos indicadores no se encuentran contemplados en ninguno de los pliegos de contratación de la muestra analizada.

La Consejería que mayor grado de cumplimiento obtiene en esta fase de contratación es la de Agricultura y Medio Ambiente. Y la que no contempla nunca ningún indicador social en la fase de preparación de la contratación es la Consejería de Fomento y Medio ambiente.

Tabla 3.
Porcentaje de cumplimiento de los indicadores sociales en cada fase de contratación por consejerías

Indicadores sociales	Fases contratación	Nº de indicadores	Consejería de					% de cumplimiento
			economía y hacienda	sanidad	fomento y medio ambiente	agricultura y ganadería		
	Preparación	5	6%	13%	0%	20%	8%	
	Adjudicación	11	12%	12%	18%	36%	14%	
	Ejecución	10	27%	7%	10%	0%	18%	
% cumplimiento total			16%	10%	12%	19%	15%	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio.

Fase de Adjudicación

Se obtiene como resultado total de cumplimiento un 14%.

Según el método utilizado, existen once indicadores sociales posibles según la herramienta de medición utilizada.

De estos once indicadores hay cuatro que no se cumplen nunca en esta fase de contratación:

- Puntuación por establecer Planes de igualdad y/o medidas de conciliación.
- Puntuación por mejorar las condiciones laborales.
- Puntuación por generación de empleo.
- Mayor porcentaje de mujeres en plantilla.

Los citados indicadores no se encuentran contemplados en ninguno de los pliegos de contratación de la muestra analizada.

La Consejería que mayor grado de cumplimiento obtiene en esta fase de contratación es también la de Agricultura y Ganadería. Y las que menos nivel de cumplimiento obtienen son la Consejería de Economía y Hacienda y la Consejería de Sanidad, con tan solo un grado de cumplimiento del 12%.

Fase de Ejecución

Se obtiene como resultado total de cumplimiento un 18%.

Según el método utilizado, existen diez indicadores sociales posibles según la herramienta de medición utilizada.

De estos diez indicadores, hay cinco que no se contemplan nunca en esta fase de contratación:

- Obligación de emplear a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- Obligación de utilizar productos de Comercio justo.
- Obligación de cumplir derechos humanos y criterios éticos.
- Obligación de no tributar en paraísos fiscales.
- Obligación de contratar con Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo.

Los citados indicadores no se encuentran contemplados en ninguno de los pliegos de contratación de la muestra analizada.

La Consejería que mayor grado de cumplimiento obtiene en esta fase de contratación es la de Economía y Hacienda. Y la Consejería que nunca contempla en su fase de ejecución ningún indicador social es la Consejería de Agricultura y Ganadería.

La mejor valorada respecto al grado de cumplimiento de los indicadores sociales en las contrataciones públicas es la Consejería de Agricultura y Ganadería, aunque en su fase de ejecución no contempla ningún indicador social.

3.2. Resultados de los indicadores medioambientales

En base a estos indicadores medio ambientales, estos son los resultados de la TABLA 4. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DE LOS INDICADORES MEDIOAMBIENTALES DEL TOTAL DE LA MUESTRA POR CONSEJERÍAS, agrupados por Consejerías.

Como resultado total del grado de cumplimiento de los indicadores medioambientales sobre la muestra analizada, cabe destacar que el grado de cumplimiento del conjunto de las licitaciones analizadas de las diferentes Consejerías de la Junta de Castilla y León supone un 10% de los indicadores propuestos.

En el caso de los indicadores medioambientales, solamente una Consejería supera el 10% de grado de cumplimiento. Así, la Consejería de Agricultura y Ganadería que alcanza un grado de cumplimiento del 36 % alcanza la mayor puntuación.

Respecto a la Consejería con menor grado de cumplimiento en sus contrataciones respecto a los indicadores medioambientales, se ha obtenido como resultado que son las Consejerías de Economía y Hacienda y la de Sanidad, ambas con tan sólo un 4% de cumplimiento.

Si analizamos el resultado total obtenido, pero teniendo en cuenta cada una de las fases de contratación. Obtenemos los siguientes resultados por cada fase:

Fase de Preparación

En esta fase se obtiene como resultado total de cumplimiento un 13%.

En esta fase, según el método utilizado, existen dos indicadores medioambientales posibles según la herramienta de medición utilizada, y se contempla el cumplimiento de ambos en la muestra analizada.

Tabla 4.
Porcentaje de cumplimiento de los indicadores medioambientales del total de la muestra por consejerías

Indicadores medio-ambientales	Nº de indicadores	Consejería economía y hacienda	Consejería de sanidad	Consejería de fomento y medio ambiente	Consejería de agricultura y ganadería	% de cumplimiento por fase de contratación
Preparación	2	0%	17%	50%	50%	13%
Adjudicación y Ejecución	9	5%	15%	0%	33%	9%
% cumplimiento total		4%	4%	9%	36%	10%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio.

A pesar de que ambos indicadores se contemplan en el total de la muestra, si tenemos en cuenta independientemente cada Consejería, se observa que existe una Consejería que nunca contempla indicadores medioambientales en su fase de preparación. Esta Consejería es la de Economía y Hacienda.

Cabe destacar también como dato relevante que ninguna de las Consejerías supera en esta fase de contratación el 50% de cumplimiento. Se obtiene como mejor resultado el obtenido por las Consejería de Fomento y Medio ambiente y la Consejería de Agricultura y Ganadería, obteniendo ambas un 50% de cumplimiento.

Fases de Adjudicación y Ejecución

En estas fases se obtiene como resultado total de cumplimiento tan sólo un 9%.

En esta fase, según el método utilizado, existen nueve indicadores sociales posibles según la herramienta de medición utilizada.

De estos nueve indicadores hay dos que no se cumplen nunca en esta fase de contratación:

- Utilización de productos ecológicos.
- Impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Los citados indicadores no se encuentran contemplados en ninguno de los pliegos de contratación de la muestra analizada.

La Consejería que mayor grado de cumplimiento obtiene en esta fase de contratación es también la Consejería de Agricultura y Ganadería alcanzando un grado de cumplimiento del 33%. Y la Consejería que nunca contempla en sus fases de adjudicación y ejecución ningún indicador medioambiental es la Consejería de Fomento y Medioambiente.

La Consejería que obtiene mayor grado de cumplimiento respecto a los indicadores medioambientales en las contrataciones públicas es la Consejería de Agricultura y Ganadería. Obteniendo un 27% más de cumplimiento que la de Fomento y Medioambiente.

3.3. Resultados totales considerando todos los indicadores, tanto sociales como medioambientales

En la TABLA 5. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO GLOBAL DE LOS INDICADORES SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES DEL TOTAL DE LA MUESTRA POR CONSEJERÍAS se muestra la Consejería que más indicadores contempla en sus contrataciones públicas ya sean indicadores de carácter social como medioambiental. El grado de cumplimiento conjunto en los pliegos de la muestra correspondiente a las Consejerías contempladas alcanza un nivel del 13%.

La Consejería de Agricultura y Ganadería obtiene la mejor valoración, alcanzando un 24% de presencia de cláusulas sociales y medioambientales en las licitaciones de contratos públicos. Todas las Consejerías se encuentran por debajo del 24% de cumplimiento de indicadores. La Consejería con un nivel inferior de cumplimiento resulta ser la Consejería de Fomento y Medio Ambiente con tan sólo un 11%.

Tabla 5.
Porcentaje de cumplimiento global de los indicadores sociales y medioambientales del total de la muestra por consejerías

	Nº de indicadores	Consejería economía y hacienda	Consejería de sanidad	Consejería de fomento y medio ambiente	Consejería de agricultura y ganadería	% cumplimiento conjunto
Indicadores sociales y medioambientales	37	13%	12%	11%	24%	13%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio.

Se ha de tener en cuenta que la Junta de Castilla y León no ha adaptado la Ley 97/2017, de 8 de noviembre, a la normativa propia en lo referente a la necesidad de incluir cláusulas medioambientales en los contratos públicos.

Por ello, las licitaciones que se refieren a contrataciones cuyo objeto no es está directamente relacionado con el medio ambiente no van a incluir este tipo de cláusulas.

En la muestra recogida solamente se producen este tipo de objetos en la Consejería de Agricultura y Ganadería y por este motivo, esta Consejería va a alcanzar un mayor grado de cumplimiento.

3.4. Resultados comparativos antes y después de la publicación de la Ley

Una vez analizados los resultados por indicadores sociales y medioambientales, el siguiente paso ha sido el análisis comparativo en conjunto teniendo como parámetro de referencia la publicación de la Ley de 2017.

En base a esta referencia de la fecha de publicación de la Ley, estos son los resultados antes y después en base al tipo de indicador y la fase de contratación.

3.4.1. Indicadores sociales

Tras los resultados mostrados en la TABLA 6. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DE LOS INDICADORES SOCIALES EN CADA FASE DE CONTRATACIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 97/2017, se observa que, efectivamente, el porcentaje no ha variado manteniéndose en el 15%, tanto antes de la publicación de la Ley, como después de su publicación.

Tabla 6.
Porcentaje de cumplimiento de los indicadores sociales en cada fase de contratación antes y después de la Ley 97/2017

Fases contratación		Nº de indicadores	Antes de la Ley 97/2017	Después de la Ley 97/2017
Indicadores sociales	Preparación	5	4%	11%
	Adjudicación	11	16%	13%
	Ejecución	10	18%	19%
% total cumplimiento			15%	15%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio.

Si lo analizamos por fases, en la fase de preparación se produce una notable mejora en el uso de cláusulas sociales, aunque el grado de cumplimiento resulte aún muy escaso, mientras que, en la fase de adjudicación, con una disminución del 3% respecto al cumplimiento antes de la Ley, y en la fase de ejecución, con un incremento de un punto porcentual, el grado de cumplimiento es similar antes y después de la publicación de la Ley.

En los pliegos analizados, en concreto dentro de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en el cuadro de características, se observa que a partir de la Ley 97/2017 de 8 de noviembre, se hace referencia de modo explícito los aspectos sociales en la contratación y se indica si se cumplen o no dichos criterios y en qué fase de contratación podemos encontrarlos, además también se incluye un apartado con las condiciones especiales de ejecución tenidas en cuenta. Como la citada Ley obliga a incluir en el Pliego de contratación al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo social relativa al empleo, por lo que se cumple al menos en todos los casos la inclusión de algún aspecto de los mencionados.

Debemos señalar que el nivel de transparencia en los pliegos publicados con posterioridad a la Ley ha mejorado de manera significativa: se facilita dedicando un apartado concreto a la identificación de los aspectos sociales en el cuadro de características propio de cada pliego.

Sin embargo, y pese a estas mejoras mencionadas, no pueden considerarse suficientes los progresos observados, puesto que la inclusión de algún aspecto o cláusula social no garantiza una contratación más eficiente, sostenible y equitativa ni una contratación pública responsable.

A modo de ejemplo, en ninguno de los pliegos observados se mencionan siquiera cláusulas que hagan referencia a la igualdad de género, a las condiciones laborales justas, al comercio justo y a la eficiencia energética; cuestiones todas establecidas por la Unión Europea³⁰ como imprescindibles para una contratación pública responsable.

30. Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014.

3.4.2. Indicadores Medioambientales

En cuanto a los indicadores medioambientales, tal como se recoge en la TABLA 7. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DE LOS INDICADORES MEDIO-AMBIENTALES EN CADA FASE DE CONTRATACIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 97/2017, el nivel de progreso es inferior, ya que se ha detectado una falta de inclusión de aspectos medioambientales dentro de las condiciones de contratación.

Como venimos observando que en los expedientes anteriores la Ley 9/2017 únicamente se incluían en los criterios de contratación algunas cláusulas relacionadas con aspectos medioambientales cuando el objeto del contrato era claramente medioambiental y que, al no haber transpuesto la Ley a la normativa de la propia Junta respecto de la inclusión de cláusulas medioambientales en todos los contratos públicos, el grado de cumplimiento es prácticamente inexistente. Así el grado de cumplimiento disminuye desde el 13% antes de la publicación de la Ley hasta el 8% en las licitaciones posteriores.

Tabla 7.
Porcentaje de cumplimiento de los indicadores medioambientales en cada fase de contratación antes y después de la Ley 97/2017

		Nº de indicadores	Antes de la Ley 97/2017	Después de la Ley 97/2017
Indicadores medio-ambientales	Preparación	2	10%	14%
	Adjudicación y Ejecución	9	13%	6%
% total cumplimiento			13%	8%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio.

Un ejemplo de lo que venimos refiriendo es el pliego correspondiente al expediente número 202008312 de la Consejería de Sanidad de Castilla y León fecha de publicación 06/02/2018 que incluye en el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares que habrá de regir en la contratación, entre las condiciones especiales de ejecución, una de tipo medioambiental.

Así, en este pliego se indica que “el adjudicatario deberá disponer a lo largo de la vigencia del contrato, del Certificado ISO 14001, o equivalente, que acredite el cumplimiento de estándares de protección medioambiental, optimización de la gestión de recursos y residuos, reducción del impacto ambiental negativo derivado de su actividad, etc.³¹”

3.4.3. Indicadores sociales y medioambientales

Respecto al cumplimiento global de los indicadores, la TABLA 8. PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO GLOBAL DE LOS INDICADORES SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ENTES Y DESPUÉS DE LA LEY 97/2017 pone de manifiesto la escasa incidencia global de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 97/2017 y en la normativa autonómica reguladora de los contratos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Tabla 8.
Porcentaje de cumplimiento global de los indicadores sociales y medioambientales en la contratación pública entes y después de la Ley 97/2017

	Nº de indicadores	Antes de la Ley 97/2017	Después de la Ley 97/2017
Indicadores sociales y medioambientales	37	14%	13%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del estudio.

Como puede comprobarse, el porcentaje de cumplimiento de los indicadores hallados es similar, de alrededor del diez por ciento, para el conjunto de la muestra de licitaciones estudiada, independientemente de que resulten estar publicadas con anterioridad a la publicación de la Ley o resulten ser posteriores a la publicación de la misma.

31. Cfr. Expediente número 2020008312 de la Consejería de Sanidad de Castilla y León.

Es más, el porcentaje de indicadores que aparecen en las cláusulas administrativas de los pliegos posteriores a la publicación de la Ley, que es del 13%, es relativamente algo inferior a dicho porcentaje si nos atenemos a los pliegos anteriores a la Ley en los que se desprende un cumplimiento del 14%.

No podía ser de otra manera, ya que hemos comprobado cómo, en los pliegos posteriores, la incidencia de la normativa solamente se pone de manifiesto en la mayor transparencia ya citada referida a algunas cláusulas de carácter social, mientras que las cuestiones referentes a medio ambiente brillan por su ausencia al ser ignoradas por la normativa autonómica.

En la actualidad, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León siguen sin regulación los aspectos referentes a medio ambiente, innovación y desarrollo presentes en la normativa europea para la configuración de contratos públicos responsables.

4. Conclusiones

La normativa aplicable a los contratos públicos tanto europea, como española y también la autonómica correspondiente a la Comunidad Autónoma de Castilla y León sostiene que la contratación pública debe ser una herramienta imprescindible para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, no solo a través del objeto del contrato, sino mediante la inclusión en los pliegos de cláusulas que establezcan condiciones de contratación de carácter social de carácter medioambiental y que favorezcan la innovación y el desarrollo.

Pues bien, en el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, desde el punto de vista normativo, existe una política voluntarista cuando se afirma que es preciso alinearse con los criterios propiciados por la Unión Europea pero se trata, más bien, de un deseo que no termina de llevarse a término: solamente se ha legislado hasta la fecha en lo referente a la inclusión en los contratos públicos de cláusulas que podemos denominar de carácter social, ignorando las medioambientales y las que favorecen la innovación y el desarrollo.

Las Administraciones Públicas han incumplido de manera sistemática los plazos señalados por las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE para la transposición de las mismas a la legislación tanto nacional como de carácter autonómico.

Hemos podido comprobar que un procedimiento eficiente para establecer un juicio sobre el grado de cumplimiento de una norma legal por parte de una administración pública es: en primer lugar, establecer un número de indicadores teóricos que puedan reflejar el cumplimiento de aspectos parciales de norma concreta; en segundo lugar, realizar una búsqueda de la presencia de los citados indicadores en las actuaciones de esa administración que resulten sujetos a esa normativa y, finalmente, medir el grado de cumplimiento de manera porcentual poniendo en relación los indicadores cumplidos respecto a la totalidad de indicadores señalados.

Con esta metodología no se pretende valorar la trascendencia que puedan tener los posibles incumplimientos, ya que somos conscientes de que la gravedad del incumplimiento de cada indicador será diferente, sino establecer un juicio sobre el rigor de cada órgano del poder ejecutivo respecto al cumplimiento de las normas emanadas de poder legislativo correspondiente en cada ámbito concreto.

A partir de estas afirmaciones podemos constatar que:

1. Existe una escasa regulación por parte de las Administraciones y Órganos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Uno de los principales problemas encontrados para realizar el estudio reside en la falta de legislación en materia de medio ambiente en el ámbito de Castilla y León. Se han encontrado algunos indicadores de carácter medioambiental pero derivados del propio objeto del contrato o de un cierto cumplimiento de leyes nacionales.
2. La Comunidad Autónoma de Castilla y León debe legislar en lo referente a la transposición de las normas europeas y nacionales en lo referente a la inclusión de condiciones contractuales de carácter medioambiental para progresar en la línea de una contratación pública cada vez más responsable.
3. Igualmente, la Comunidad Autónoma de Castilla y León debe modificar su legislación para poder acoger lo señalado en la normativa europea y nacional en lo referente a la inclusión de cláusulas que favorezcan la innovación y el desarrollo para conseguir una contratación pública responsable.
4. Resulta evidente la utilidad y eficacia de los indicadores propuestos por Gutiérrez Ponce, Nevado Gil y Pache Durán en el artículo citado ya que reflejan sobradamente la situación actual de la implantación de este tipo de cláusulas en la contratación pública en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aunque no desarrollan indicadores referentes a innovación y desarrollo.

5. Entrando en detalle de los resultados del estudio, fruto de la aplicación de los indicadores anteriormente mencionados en las licitaciones públicas que formaban parte de la muestra seleccionada:
 - a) Los criterios que actualmente se están utilizando para implementar los aspectos sociales y medioambientales, reflejados en el grado de cumplimiento de contratación responsable en Castilla y León se puede concluir que la modificación legislativa actual no ha tenido el impacto deseado: antes de las modificaciones legales el grado de cumplimiento según los indicadores era del 14% y después de las mismas es del 13% en su cómputo total.
 - b) Si nos detenemos en los resultados de los indicadores sociales, reflejados en el grado de cumplimiento de contratación responsable en Castilla y León, tanto antes de la Ley como después de la publicación de la misma, es del 15% por lo que en esta variable no se ha producido ninguna mejora.
 - c) Si analizamos los resultados de los indicadores medio ambientales, reflejados en el grado de cumplimiento de contratación responsable en Castilla y León antes de la Ley era del 13%, después de la Ley es del 8% por lo que en esta variable el grado de cumplimiento es menor: la sensibilidad y el compromiso en materia medioambiental no queda reflejado en la normativa vigente y no favorece la contratación pública responsable.
6. Los resultados obtenidos en la presente investigación vienen a corroborar que queda mucho camino por recorrer para poder hablar de una contratación pública responsable en Castilla y León. Para ello, la contratación pública debe profundizar en los aspectos en materia social e iniciar lo referente a medio ambiente, lo referente a innovación y lo referente a desarrollo en sus licitaciones futuras.
7. El aspecto referido a la innovación y al desarrollo queda completamente abandonado tanto de la legislación como de los indicadores analizados, se están utilizando únicamente dos variables, social y medioambiental, cuando en realidad debieran incluirse las variables referentes a innovación y a desarrollo.
8. En relación con las futuras líneas de investigación, nos parece necesario el desarrollo de los indicadores referidos a la innovación y al desarrollo. Así como la ampliación de la muestra, incluyendo estos indicadores, para el contraste de la metodología utilizada en esta investigación.

Referencias bibliográficas

- BURZACO, M.: La contratación pública como instrumento activo de innovación social. *CIRIEC-España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, Nº. 33, 2018. págs. 259-294.
- COMISIÓN NACIONAL DE LAS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC): Radiografía de los Procedimientos de Contratación Pública en España. 2019. pág. 6. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2314114_5.pdf
- DIEZ, S.: Las cláusulas sociales en la contratación pública. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 21, 2017 págs. 195-219.
- DIRECTIVAS DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2014/24UE: de 26 de febrero de 2014.
- GALLEGO, I.: La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *DA. Nueva Época*. Nº 4, enero-diciembre 2017. págs. 92-113.
- GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M.T. & PACHE, M.: La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición. *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, Nº. 96, 2019, págs. 253-280.
- JUAN, M.: Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Nº. 155, 2018, págs. 6-21.
- LIBRO VERDE: Sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. COM (2011) 15 final. Bruselas, 27.1.2011.
- PINILLA, D.E., JIMÉNEZ, J.D. & MONTERO, R. (2013): Gasto público y crecimiento económico. Un estudio empírico para América Latina. *Cuadernos de Economía*, 32(59), 181-210.
- RODRÍGUEZ-BENAVIDES, D. & ÓPOPEZ-HERRERA, F.: Desarrollo económico y gasto público de las entidades federativas en México: Análisis de coin-tegración en panel y la ley de Wagner. *Gestión y política pública*, vol.23 no.2 México jul./dic. 2014

Referencias normativas utilizadas

Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación.

Artículo 1.3. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272 de 09 de noviembre de 2017.

Artículo 4.1. y 4.2. del Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública.

Artículo 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos y Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción; artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Artículo 202. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272 de 09 de noviembre de 2017.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA RESPONSÁVEL E AUTONOMIA: PARA UMA INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Melanie Oliveira Neiva Santos

Professora Coordenadora

Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

RESUMEN

En la presente comunicación se analizará el fomento de un trato igualitario y la integración de las personas con discapacidad, dentro de un modelo social de discapacidad, establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es objeto de la presente exposición la contratación pública responsable y la protección de la autonomía individual, como factores de superación de la pobreza y la inclusión de las personas con discapacidad.

Sobre la base de la Convención e de la Estrategia Europa 2020, se examinará la Directiva 2014/24/UE* y su incorporación al orden jurídico portugués en el Código dos Contratos Públicos y la tutela de la autonomía de la persona en el Código Civil. Finalmente, se presenta un resumen de la inclusión social en análisis.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, igualdad, inclusión social, contratación pública responsable, autonomía.

CLAVES ECONLIT: D63, I14, J14.

* Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 26/02/2014, relativa aos contratos públicos.

SOCIAL PUBLIC PROCUREMENT AND INDIVIDUAL AUTONOMY: A PATH FOR SOCIAL INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES

EXPANDED ABSTRACT

The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in New York in 2006, affirms its vocation to promote an approach to the profound social disadvantage of people with disabilities, behavioural and physical barriers, in the several domains of life in society and thus experience conditions of extreme inequality. This is a shared reality in developed and developing countries, resulting in a risk of poverty and a factor of social exclusion.

At European level, the Europe 2020 Strategy has set three priorities: smart growth, sustainable growth and inclusive growth. The mainstays of the strategy are raising the employment rate, improving the conditions for research and development, cutting greenhouse gas emissions, reducing early school dropouts, increasing higher education graduates and promoting social inclusion through reducing the number of people at risk of poverty and social exclusion. These goals are interlinked and are representative of the three priorities established. For example, improving educational attainment levels will contribute to employability and raising employment rates will, in turn, contribute to reducing poverty¹.

In order to achieve the stated priorities set for smart, sustainable and inclusive growth, the strategy includes, among other initiatives, the “European Platform against Poverty”, so that social and territorial cohesion ensures a wide distribution of the benefits of growth and employment, and so that people in poverty and social exclusion condition can live in dignity and actively participate in society²”. The Council statement on the European Year of Fight against Poverty left the challenge of protecting the rights of future generations by creating an equitable, participatory and supportive society³.

As Philip Alston stresses⁴, solidarity is not enough, and we need different strategies that involve primarily listening to those in situations of extreme inequality. It is therefore

1. European Commission: Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, March, 2010, p. 14.

2. *Ibidem*, pp. 5-6.

3. European Council: Report on the European Platform against poverty and social exclusion, Brussels, december, 2010, p. 3.

4. Alston, P.: “What political leaders need to do to eradicate poverty”, The role of power, politics and participation in eradicating poverty in Europe, Helsinki, September, 2019.

necessary to give political visibility to poverty, mainly through economic analysis and to go beyond the discourse marked by moral values inherent to the fight against poverty.

Inequality has a negative impact on economic development, and this is an instrumental argument that could and should be used in political discourse.

According to Eurostat⁵, in 2018, 21.7% of the European population, which amounts to 109 million people, was at risk of poverty or social exclusion. This risk was higher among women (when compared to men), for young adults and for those with long standing health problems. In 2018, the risk of poverty and social exclusion was significantly higher for people with long standing health problems (34.8%), compared to those without such limitations which represent 19.2%.

According to the European Commission, “people with disabilities or those suffering from serious chronic diseases are often faced with enormous economic and social difficulties (...): around 6.5 million people at risk of poverty or exclusion report being persons with some kind of disability⁶.”

In the case of people with disabilities –disabilities understood in the broad sense adopted in the Convention– the risk of social exclusion and poverty is therefore particularly noticeable.

Considering the goals and principles set out in the Convention and in Europe 2020 Strategy, we aim to analyse, firstly, the Directive 2014/24/EU and its transposition into the Portuguese legal order in the Public Contracts Code, secondly, individual autonomy in the new regime of the accompanied adult. Finally, we consider the scope of the policy regarding social inclusion of persons with disabilities in Portugal through the analysed legal institutes.

Focusing our analysis in this particularly disadvantaged group, we will consider two recent changes in the Portuguese legal system. On the one hand, the transposition of Directive 2014/24/EU into the Public Contracts Code, and on the other, the change in the legal regime of the so-called disabilities of adult individuals in the Civil Code, by implementing a new paradigm, guided by the primacy of individual autonomy. This new model, established for the accompanied adults, is a cornerstone on the path to social inclusion of people

5. Eurostat: Living conditions in Europe, Publications Office of the European Union, Luxemburg, March, 2018.

6. European Comission: A European framework for social and territorial cohesion, November, 2011, p. 9.

with disabilities. Without individual autonomy and within a replacement model, these individuals have no freedom of choice, nor to decide or to contract.

The contract is the ultimate source of legal relations and the strongest expression of private autonomy and personal development in its many aspects, namely the right to work. The right to work is enshrined in article 58° of the Portuguese Constitution and hence has constitutional protection. As the European Commission points out, “a job is the safest way out of poverty for all those who can work⁷.”

The new paradigm of the primacy of the individual and his autonomy is a major mainstay for social economy models to lead to inclusive growth based on equality and dignity of people with disabilities. It is about respecting the capacity that one is (still) carrying.

It is therefore in this interaction of social economy and law that we will support our analysis, based on the new social model of disability contained in the Convention. Thus, we will explore two interconnected aspects: public procurement as an instrument of social policy and the protection of the autonomy of people with disabilities as a requirement for a policy of equality and social inclusion.

Through our analysis we will conclude that several social policy measures were indeed adopted in the Portuguese Public Procurement Code. It is, however, arguable whether these measures have, so far, produced positive impact on social inclusion.

The new role that social enterprises could play depends on the openness of economy to its participation, through the available mechanisms. Further consideration must be given to social and public awareness of its role and positive impact. The path for sustainable growth through responsible public procurement has been marked out. It is now necessary to promote a better use of public procurement for social purposes. As to individuals with some kind of disability and within the new framework for the accompanied adult, the new legal terminology, that abandons stigmatizing concepts, and adopts a more flexible regime adapted to each individual's needs, will certainly promote equality and social inclusion.

The new model, which respects individual rights and is guided by minimal intervention to the strict necessity of measures to give support to individuals, promotes social inclusion. Time will proof its rightfulness.

KEY WORDS: Disability, equity, social inclusion, social public procurement, autonomy.

7. *Ibidem*, p. 11.

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias. 2. A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência. 2.1. Objeto e princípios gerais. 2.2. A capacidade jurídica das pessoas com deficiência. 3. A Diretiva 2014/24/UE. 3.1. Objeto e âmbito de aplicação. 3.2. Medidas de política social. 3.3. A transposição da Diretiva para a ordem jurídica nacional: o Código dos Contratos Públicos. 3.4. Medidas de política social no Código dos Contratos Públicos. 3.5. O conceito de empresa social: breve referência. 4. Fundamentos do novo regime das incapacidades no Código Civil português: a inclusão de pessoas com deficiência ou incapacidade. 4.1. O regime jurídico do maior acompanhado. 4.2. A primazia da autonomia da pessoa. 5. Impacto das medidas para a inclusão social e promoção da igualdade. 6. Conclusões. Bibliografia.

1. Notas introdutórias

A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência¹, adotada em Nova Iorque em 2006, afirma a sua vocação para, de forma abrangente, promover de novo uma abordagem à profunda desvantagem social em que se encontram as pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e físicas, nas diversas esferas da vida em sociedade e que, assim, experienciam condições de extrema desigualdade. Esta é uma realidade comum aos países desenvolvidos e em desenvolvimento que se traduz num risco de pobreza e fator de exclusão social.

No plano europeu, a Estratégia Europa 2020² definiu três prioridades: o crescimento inteligente, o crescimento sustentável e o crescimento inclusivo. Constituem pilares fundamentais da estratégia o aumento da taxa de emprego, a melhoria das condições para a investigação e desenvolvimento, a redução da emissão de gases com efeito de estufa, a diminuição do abandono escolar e aumento dos diplomados de ensino superior e a promoção da inclusão social através da redução do número de pessoas em risco de pobreza e exclusão social. Os objetivos estão interligados e são representativos das três prioridades estabelecidas. A melhoria dos níveis de habilitações contribuirá para a empregabilidade

1. Doravante apenas Convenção.

2. European Anti Poverty Network: A Estratégia Europa 2020, Bruxelas, junho, 2011, pp. 4-6.

e, por seu turno, o aumento do emprego contribuirá para a redução da pobreza³. Para alcançar as prioridades estabelecidas de crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, a estratégia compreende várias iniciativas, entres estas a «Plataforma europeia contra a pobreza» que visaa coesão social e territorial, assegurando uma distribuição dos benefícios do crescimento e do emprego e, assim, uma participação ativa na sociedade e uma vida digna para as pessoas em situação de pobreza e de exclusão social⁴.

Na declaração do Conselho sobre o ano europeu de luta contra a pobreza foi deixado o repto de salvaguarda dos direitos das gerações futuras, pela criação de uma sociedade equitativa, participativa e solidária⁵.

Contudo e conforme salienta Philip Alston⁶ ⁷, a solidariedade não é suficiente, são necessárias estatégias diferentes que envolvam em primeira linha escutar os que se encontram em situação de extrema desigualdade. É necessário imprimir visibilidade política à pobreza, designadamente através da análise económica e ir além do discurso marcado pelos valores morais inerentes ao combate à pobreza. A desigualdade tem um impacto negativo no desenvolvimento económico, argumento instrumental que pode e deve ser aproveitado no discurso político⁸.

Em 2018, a percentagem da população europeia que vivia em risco de pobreza ou de exclusão social cifrava-se na taxa de 21,7%⁹. Acresce que o risco de pobreza ou exclusão social era superior para as mulheres (quando comparado com os homens), para os jovens adultos e para os que padecem de problemas de saúde prolongados¹⁰.

3. Comissão Europeia: Europa 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, março, 2010, p. 14.

4. *Ibidem*, pp. 5-6.

5. Conselho Europeu: Declaração do Conselho sobre o Ano Europeu de luta contra a pobreza e exclusão social - trabalhar juntos para lutar contra a pobreza em 2010 e mais além, Bruxelas, dezembro, 2010, p. 3.

6. Enviado especial das Nações Unidas em matéria de pobreza e direitos humanos.

7. Alston, P.: "What political leaders need to do to eradicate poverty", The role of power, politics and participation in eradicating poverty in Europe, EAPN, EAPN – Fin, EU2019FI, BIBU, SOSTE, Helsínquia, setembro, 2019.

8. *Idem*.

9. 109 milhões de pessoas.

10. Eurostat: Living conditions in Europe, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, março, 2018, pp. 3-143.

Com efeito, em 2018, o risco de pobreza e exclusão social era significativamente mais alto para aqueles que sofrem de problemas de saúde prolongados, cifrando-se em 34,8%, quando comparado com os que não sofrem de limitações desta natureza, com uma taxa de 19,2%¹¹.

De acordo com a Comissão Europeia, “as pessoas com deficiência ou que sofrem de doenças crónicas graves são frequentemente confrontadas com enormes dificuldades económicas e sociais (...): cerca de 6,5 milhões de pessoas em risco de pobreza ou exclusão declaram ser portadores de uma qualquer deficiência¹².”

Conclui-se, pois, que no caso das pessoas com deficiência, no sentido amplo adotado na Convenção¹³, os riscos de exclusão social e de pobreza são particularmente acentuados.

Na presente exposição centraremos a análise no grupo especialmente desfavorecido das pessoas com deficiência e consideraremos duas recentes alterações no ordenamento jurídico português: a transposição da Diretiva 2014/24/UE no Código dos Contratos Públicos e a alteração do regime jurídico das denominadas incapacidades dos maiores no Código Civil, pela implementação de um novo paradigma, orientado pela primazia da autonomia da pessoa.

O regime agora instituído para as incapacidades constitui uma pedra basilar no caminho para a inclusão social das pessoas com deficiência. No modelo de substituição, que vigorou até à recente alteração legislativa neste domínio, o decretamento das incapacidades implicava, em larga medida, a ausência de liberdade de escolha, de decisão e de autonomia individual para contratar.

O contrato constitui a fonte por excelência de relações jurídicas, para uma expressão da vontade e desenvolvimento pessoal, nas suas múltiplas facetas, designadamente o direito ao trabalho¹⁴. E “um emprego é o caminho mais seguro para sair da pobreza para todas as pessoas que podem trabalhar¹⁵.”

O novo instituto jurídico do maior acompanhado assenta na primazia da pessoa e na sua autonomia, respeitando a capacidade de que a pessoa (ainda) é

11. *Ibidem*.

12. Comissão Europeia (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, p. 9.

13. Artigo 1º da Convenção.

14. Direito que goza de tutela constitucional e se encontra previsto no artigo 58º da Constituição da República Portuguesa.

15. Comissão Europeia (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, p. 11.

portadora pelo que constitui um pilar fundamental para que a economia social conduza a um crescimento inclusivo, apoiado na igualdade e dignidade da pessoa com deficiência ou incapacidade.

É, pois, nesta interação entre a economia social e o direito, que se desenvolverá a nossa análise, baseada na interligação entre a contratação pública como instrumento de política social e a tutela da autonomia da pessoa com deficiência como pressuposto de uma política de igualdade e inclusão social. A final é considerado o alcance das medidas analisadas no domínio da inclusão em Portugal.

2. A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência

A Convenção, adotada a 13 de dezembro de 2006¹⁶, constitui o produto de um longo caminho para instituir um modelo renovado de integração social de pessoas com deficiência. O seu escopo primacial é o de garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade¹⁷.

No seu preâmbulo é, desde logo, expressa a necessidade de garantir às pessoas com deficiência o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais consignados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

De forma inovadora é explicitado que a deficiência é um conceito em evolução resultante “da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas¹⁸.”

Nas palavras de Magarida Paz¹⁹, operou-se a mudança para o modelo social da deficiência, de acordo com o qual a deficiência é considerada como questão

16. Aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 30/07; ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30/07. A convenção entrou em vigor, no ordenamento jurídico português, a 23/10/2009.

17. Artigo 1º.

18. Considerando e).

19. Paz, M.: “A Capacidade jurídica na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Centro de Estudos Judiciários, Direitos das pessoas com deficiência, dezembro, 2017, p. 37.

relacionada com fatores estruturais, sociais e culturais, devendo a sociedade adaptar-se à pessoa com deficiência e não o contrário. Assim, o referido modelo pressupõe que a sociedade preste todo o apoio possível às pessoas com deficiência, permitindo a sua plena inclusão.

Por outro lado, enfatiza-se a importância da integração das questões de deficiência nas estratégias relevantes do desenvolvimento sustentável²⁰, reconhecendo-se que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza. A plena integração e participação das pessoas com deficiência no tecido social reforça o seu sentido de pertença, com impacto positivo no desenvolvimento “humano, social e económico da sociedade e na erradicação da pobreza²¹.”

Apesar dos esforços desenvolvidos, reconhece-se, porém, que este grupo especialmente desfavorecido continua a deparar-se com violações dos seus direitos e liberdades fundamentais e entraves à sua participação na vida em sociedade. É, também, por isso, realçada a importância, para as pessoas com deficiência, da autonomia e da independência individual, incluindo a liberdade de fazer escolhas próprias. Neste contexto assume especial relevância a família enquanto grupo natural e fundamental da sociedade, que deve ser apoiada pelo Estado para desempenhar o seu papel para um pleno e igual gozo dos direitos das pessoas com deficiência.

É exarada “a convicção de que uma convenção internacional abrangente e integral para promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência irá dar um significativo contributo para voltar a abordar a profunda desvantagem social das pessoas com deficiências e promover a sua participação nas esferas civil, política, económica, social e cultural com oportunidades iguais (...).²²”

2.1. Objeto e princípios gerais

Na norma contida no artigo primeiro da Convenção, sob a epígrafe “objeto”, é adotada uma definição ampla de deficiência nos termos da qual “as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais,

20. Considerando g).

21. Considerando m).

22. Considerando y).

intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.”

Constituem princípios gerais da Convenção, entre outros, “a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas; b) Não discriminação; c) Participação e inclusão plena e efectiva na sociedade; d) O respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade; e) Igualdade de oportunidade; f) Acessibilidade; (...)”²³.

Com vista a alcançar os objetivos da Convenção, constituem obrigações gerais dos Estados Partes, entre outras, “(...) a) Adoptar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência; c) Ter em consideração a protecção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em todas as políticas e programas; d) Abster-se de qualquer acto ou prática que seja incompatível com a presente Convenção e garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção; (...)”²⁴.

Em desenvolvimento dos princípios estabelecidos, os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas de sensibilização da sociedade, incluindo a nível familiar, relativamente às pessoas com deficiência e a fomentar o respeito pelos seus direitos e dignidade, designadamente promover o reconhecimento das suas competências e aptidões e dos seus contributos para o local e mercado de trabalho²⁵.

2.2. A capacidade jurídica das pessoas com deficiência

De acordo com o artigo 12º da Convenção, as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica e da sua capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspetos da vida.

23. Artigo 3º.

24. Artigo 4º.

25. Artigo 8º, nº 2, alínea iii).

Concretizando o princípio estabelecido na referida norma, a Convenção determina que compete aos Estados Partes tomar medidas apropriadas para providenciar às pessoas com deficiência acesso ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica. As medidas visam o exercício da capacidade jurídica em relação não só aos direitos, mas também no que respeita à vontade e às preferências da pessoa.

Neste sentido Margarida Paz explica que, o respeito pelos direitos, vontade e preferências da pessoa com deficiência na tomada de qualquer decisão relativa ao exercício dos seus direitos, implica nomeadamente:

- *Respeito pela autonomia e independência individual, pressuposto essencial para a pessoa com deficiência ter liberdade de fazer as suas próprias escolhas;*
- *Envolvimento ativo da pessoa com deficiência nos processos de tomada de decisão que diretamente lhe digam respeito; e*
- *Participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade em condições de igualdade efetiva com as outras pessoas*²⁶.

Amunátegui Rodríguez esclarece que o conceito de autonomia que resulta do texto da Convenção é amplo e mais abrangente do que a autonomia da vontade tal como a entendemos no plano civilístico²⁷. No sentido adotado na Convenção, a autonomia pressupõe a independência, a dignidade e o respeito pelo protagonismo da pessoa²⁸.

A Convenção estipula que os Estados Partes devem assegurar que tais medidas fornecem garantias apropriadas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos²⁹. Em concretização da diretrizes estabelecidas, é detalhado que os Estados Partes devem garantir que as medidas são proporcionais, adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicadas no mais curto período de tempo possível e sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade judicial ou órgão judicial competente.

26. *Idem*, p. 40.

27. Amunátegui Rodríguez, C.: Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad, Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Resu Editorial, Madrid, 2019, p. 33.

28. *Ibidem* p. 34.

29. Artigo 12º, nºs 3 e 4.

No que toca à esfera patrimonial das pessoas com deficiência é estabelecido que os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas e efetivas para assegurar a igualdade de direitos destas:

- em serem proprietárias;
- a herdarem património;
- a controlarem os seus próprios assuntos financeiros;
- a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro; e
- evitar que estas sejam, arbitrariamente, privadas do seu património.

O quadro normativo da Convenção estabelece, assim, um modelo social de deficiência confrontando o aspeto das incapacidades em interação com barreiras que podem impedir a plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros. O objetivo é o acompanhamento do exercício da capacidade de exercício, em detrimento de um modelo de substituição. Sempre que possível o instituto da representação deve ceder a favor do instituto da assistência. Deve ser assegurada a autonomia e a liberdade de fazer escolhas, adaptando-se o acompanhamento às circunstâncias da pessoa.

3. A Diretiva 2014/24/UE³⁰

O quadro normativo da Diretiva é precedido por um número extenso de considerandos em que o legislador explana motivos, antecedentes e objetivos visados com o ato legislativo.

Desde logo, à cabeça dos considerandos, são referidas a Estratégia Europa 2020 e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência³¹. Com efeito é declarado o papel fundamental que a contratação pública desempenha na Estratégia Europa 2020, “como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos³².”

30. Doravante apenas Diretiva.

31. Considerandos (2) e (3).

32. Considerando (2).

Sublinhando-se, em seguida, que as regras de contratação pública devem ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, facilitar a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública, e “de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns³³.”

A par da afirmação do papel a desempenhar pela contratação pública no crescimento inclusivo, é enfatizado que na aplicação da Diretiva considerar-se-à a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁴, nomeadamente no que se refere à escolha dos meios de comunicação, às especificações técnicas, aos critérios de adjudicação e às condições de execução dos contratos³⁵.

É ainda reconhecido o papel do emprego e do trabalho como elementos essenciais para a inserção social e para a garantia da igualdade de oportunidades para todos. Neste contexto afirma-se o importante contributo prestado pelas entidades da economia social. É assim feito apelo ao papel significativo das entidades cujo objetivo principal seja a integração social e profissional e das empresas sociais cujo objetivo principal seja apoiar a integração ou reintegração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, tais como desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados³⁶.

Constata-se, porém, que tais entidades podem não estar aptas a obter contratos em normais condições de concorrência afirmando-se a conveniência “em prever que os Estados-Membros possam reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reservar-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido³⁷.”

No que respeita às condições de execução dos contratos é reiterado que estas “poderão igualmente destinar-se a favorecer a aplicação de medidas de promoção

33. *Ibidem*.

34. Aprovada pela Decisão 2010/48/CE do Conselho, de 26/11/2009, relativa à celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (JO L 23 de 27.1.2010, p. 35).

35. Considerando (3).

36. Considerando (36).

37. *Ibidem*.

da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho e conciliação da vida profissional com a vida privada, (...), e o recrutamento de mais pessoas desfavorecidas do que é exigido pela legislação nacional³⁸.”

Em concretização dos considerando vindos de referir, a Diretiva prevê que as medidas destinadas ao fomento da inserção social das pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis poderão, igualmente, ser objeto dos critérios de adjudicação ou das condições de execução dos contratos, desde que correspondam às obras, produtos ou serviços a fornecer no âmbito do contrato.

Assim, a título de exemplo, explicita-se que tais critérios ou condições podem referir-se, nomeadamente, “ao recrutamento de desempregados de longa duração, à implementação de ações de formação para os desempregados ou jovens no decurso da execução do contrato a adjudicar. Entre as especificações técnicas, as autoridades adjudicantes podem prever as exigências sociais que caracterizam diretamente o produto ou serviço em causa, tais como a acessibilidade para as pessoas com deficiência ou a conceção para todo o tipo de utilizadores³⁹.”

Salvo casos devidamente justificados é estabelecido que, sempre que o objeto dos contratos se destine a ser utilizado por pessoas, quer se trate do público em geral ou do pessoal da autoridade adjudicante, as autoridades adjudicantes devem ter em conta os critérios de acessibilidade para pessoas com deficiência ao estabelecerem as especificações técnicas⁴⁰. Além disso, as autoridades adjudicantes deverão poder excluir os operadores económicos, desqualificando-os para efeitos de adjudicação, que se tenham revelado pouco fiáveis, na sequência de infrações de obrigações ambientais ou sociais, incluindo as regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência⁴¹.

Verifica-se, pois, que o legislador estabeleceu, quer ao nível da adjudicação, quer ao nível da execução dos contratos, um conjunto de medidas que expressamente se direcionam à prossecução do objetivo do crescimento inclusivo, promovendo a igualdade das pessoas com deficiência e outros grupos desfavorecidos, medidas que dão resposta à Estratégia Europa 2020 e respeitam os objetivos da Convenção.

38. Considerando (98).

39. Considerando (99).

40. Considerando (76).

41. Considerando (101).

3.1. Objeto e âmbito de aplicação

O objeto e âmbito de aplicação da Diretiva são definidos no Título I, artigo 1º de acordo com o qual esta “estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de concessão cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 4.º⁴²”

Para efeitos de aplicação material da Diretiva “entende-se por «contratação pública» a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público⁴³.”, e por “«Autoridades adjudicantes» as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público⁴⁴.” Os conceitos de contratos públicos⁴⁵, contratos públicos de fornecimento e de serviços⁴⁶, de operador económico⁴⁷, de proponente⁴⁸ e candidato⁴⁹, são igualmente objeto de definição.

No título I, secção 3, sob a epígrafe “Exclusões”, são concretizados domínios e setores a que não aplica a Diretiva⁵⁰.

3.2. Medidas de política social

Entrando na análise das normas estabelecidas pela Diretiva e em concretização dos objetivos expressos nos considerandos, verifica-se que são adotadas

42. Artigo 1º, nº 1.

43. Artigo 1º, nº 2.

44. Artigo 2º, nº1, 1).

45. Artigo 2º, nº 1, 5).

46. Artigo 2º, nº 1, 8) e 9).

47. Artigo 2º, nº 1, 10).

48. Artigo 2º, nº 1, 11).

49. Artigo 2º, nº 1, 12).

50. Artigos 7º a 12º.

medidas de política social, recorrendo à contratação pública como instrumento de promoção da igualdade e integração social de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

No Título I da Diretiva, dedicado ao âmbito de aplicação, definições e princípios gerais, são estabelecidas, no seu capítulo II, regras gerais. Neste capítulo destaca-se a norma contida no artigo 20º que estabelece a possibilidade dos Estados-Membros reservarem o direito a participar em procedimento de contratação pública a empresas sociais cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos.

Ainda no Título I, no que respeita à condução do procedimento, estabelece o artigo 42º que as especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos, e para “os contratos cujo objeto se destine a ser utilizado por pessoas singulares, quer seja o público em geral quer o pessoal da autoridade adjudicante, as especificações técnicas devem, salvo em casos devidamente justificados, ser elaboradas de modo a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores.” Acrescentando que, no caso de existirem “requisitos de acessibilidade obrigatórias adotadas por ato jurídico da União, as especificações técnicas devem ser definidas por referência a essas normas, no que respeita aos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores. (...)”

A Diretiva estabelece um conjunto de regras no domínio da seleção dos participantes e adjudicação dos contratos⁵¹. O artigo 62º estabelece normas de garantia de qualidade e normas de gestão ambiental, nomeadamente de acessibilidade para pessoas com deficiência.

Os critérios de adjudicação dos contratos são estabelecidos no artigo 67º, que, no seu nº 1, estabelece a regra da adjudicação dos contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa⁵². Concretizando o critério da proposta economicamente mais vantajosa é indicado que esta deve ser

51. Artigos 40º a 69º, sistematicamente inseridos na Secção III, do Capítulo III, do Título I.

52. Sem prejuízo de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais que respeitem ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços.

identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, e “pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. (...)”⁵³. A título exemplificativo são elencados diversos aspetos que os critérios podem incluir. Destes destacamos o seguinte: “a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições”⁵⁴.

A norma que define os critérios de adjudicação estabelece, ainda, a necessidade da autoridade adjudicante especificar nos documentos do concurso a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa⁵⁵.

Em sede de execução do contrato, o artigo 70º estabelece a possibilidade das autoridades adjudicantes fixarem condições especiais de execução de um contrato e que podem incluir considerações, designadamente, de ordem social ou emprego.

O título III ocupa-se de regimes especiais de contratação pública, e o seu capítulo I tem por objeto a contratação pública no domínio dos serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo XIV da Diretiva. O artigo 77º prevê a possibilidade de contratos reservados no domínio dos serviços de saúde, serviços sociais e serviços culturais referidos no artigo 74º.

3.3. A transposição da Diretiva para a ordem jurídica nacional: o Código dos Contratos Públicos

O Código dos Contratos Públicos⁵⁶, aplicável à contratação pública, regula a formação e a execução de contratos públicos em Portugal⁵⁷. Na sua versão originária, o CCP transpôs as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03.

53. Artigo 67º, nº 2.

54. Artigo 67º, nº 2 alínea a).

55. Artigo 67º, nº 5.

56. Doravante CCP.

57. Aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29/01.

Desde a sua aprovação e na última década, o CCP foi sucessivamente alterado. O Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31/08, procedeu à nona alteração ao CCP, e transpôs, entre outras, a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014. Conforme é explicitado no preâmbulo legal do Decreto-Lei nº 111-B/2017, as alterações introduzidas podem ser agregadas em três grandes grupos: “(i) alterações decorrentes da transposição das diretivas; (ii) medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização; e (iii) medidas de transparência e boa gestão pública.” O legislador nacional esclarece ainda que “De entre as significativas alterações introduzidas no Código decorrentes da transposição das diretivas, e sem prejuízo de outras, destacam-se: (i) o alargamento do regime dos contratos entre entidades do setor público, abrangendo outras formas de cooperação entre entidades públicas; (ii) a criação de um novo procedimento para a aquisição de produtos ou serviços inovadores - a parceria para a inovação; (iii) a promoção da adjudicação de contratos sob a forma de lotes com vista a incentivar a participação das pequenas e médias empresas; (iv) a possibilidade de reserva de contratos para entidades que empreguem pessoas com deficiência ou desfavorecidas; (...).”

3.4. Medidas de política social no Código dos Contratos Públicos

No que respeita à adoção de medidas de política social, transpostas da Diretiva para o CCP, verifica-se que, para esse efeito, foram alteradas e aditadas diversas normas.

Desde logo, foi aditado o artigo 1º-A que, sob a epígrafe “Princípios”, estabelece no seu nº 1 que “na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação⁵⁸.” Ainda com interesse para o tema objeto desta exposição, estipula o nº 2 da norma aditada que “As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos

58. Princípios reafirmados no artigo 280º, nº 3, inserido na parte III do Código, dedicada ao regime substantivo dos contratos administrativos.

contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.”

A redação dada ao artigo 42º, respeitante ao caderno de encargos, foi alterada, em especial o seu nº 6, e atualmente prevê que “Os aspetos da execução do contrato, constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza social, ambiental, ou que se destinem a favorecer:

- a) A aplicação de medidas de promoção da igualdade de género e da igualdade salarial no trabalho;
- b) O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho;
- c) A conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal dos trabalhadores afetos à execução do contrato;
- d) A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.”

A norma contida no artigo 49º, relativa às especificações, foi alterada, dedicando os seus nºs 5 e 6 à matéria da acessibilidade, seguindo de perto a redação constante da Diretiva⁵⁹.

O legislador nacional aditou uma norma para previsão de contratos reservados, usando a faculdade prevista no artigo 20º da Diretiva. A norma contida no Artigo 54º-A do CCP é, contudo, menos abrangente do que a previsão do artigo 20º da Diretiva. Com efeito, estabelece que “A entidade adjudicante pode reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, desde que pelo menos 30/prct. dos trabalhadores daquelas entidades tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei ou sejam desfavorecidos.”, mas não inclui na hipótese normativa a possibilidade de reservar a execução do contrato para o âmbito de programas de emprego protegido.

Foi ainda aditado o artigo 250º-D que, no seu nº 1, prevê a possibilidade das entidades adjudicantes lançarem procedimento de formação de contratos reservados quando estejam em causa os serviços de saúde, de ensino e culturais que se encontrem incluídos no Anexo X ao Código. O nº 2 estabelece requisitos cumulativos a verificar pelos candidatos ou concorrentes. O regime previsto nesta

59. Vide a redação do nº 1, do artigo 42º da Diretiva e a redação dos nºs 5 e 6 do artigo 49º do CCP.

norma é ainda aplicável às empresas sociais, constituídas nos termos legalmente previstos, desde que se encontrem cumpridos os requisitos previstos no nº 2.

Para efeitos do disposto nesta norma, “são consideradas empresas sociais aquelas que se dedicam à produção de bens e serviços com forte componente de empreendedorismo social ou de inovação social, e promovendo a integração no mercado de trabalho, através do desenvolvimento de programas de investigação, de inovação e de desenvolvimento social, nas áreas dos serviços previstos no nº 1⁶⁰ 61.” Conforme salientam Mendoza Jiménez *et al.*⁶² o Código dos Contratos Públicos apresenta uma inovadora definição de empresas sociais.

No que respeita ao critério de adjudicação o artigo 74º, no seu nº 1, estabelece que “A adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, determinada por uma das seguintes modalidades:

- a) Melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar;
- b) Avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.”

O nº 4 da norma prevê a obrigatoriedade de definição do critério de desempate na avaliação das propostas, podendo ser utilizados os fatores e subfatores estabelecidos no artigo 75º ou a proposta que tiver sido apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas.

De acordo com o disposto no nº 1 do artigo 75º “Os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, abrangendo todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.” E nos termos do seu nº 2, “Os fatores e

60. Artigo 250º-D, nº 7.

61. Para um conceito de empresa social *vide* Álvarez Vega, I.: “El reto del derecho antes los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, Diciembre, 2018, pp. 13-44.

62. Mendoza Jiménez, J., Román Cervantes, C., Hernández López, M.: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, Diciembre, 2018, p. 310.

os eventuais subfatores podem ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, designadamente os seguintes:

- a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento; (...)
- d) Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados; (...)

3.5. O conceito de empresa social: breve referência

O conceito de empresa social é um pressuposto da aplicação de algumas das medidas de política social transpostas para o CCP pelo que, ainda que de forma sumária, se abordará os seus traços caracterizadores com apoio na posição adotada pela EMES⁶³.

Partindo dos elementos caracterizadores do conceito de empresa social será analisada a noção adotada no Regulamento (UE) n° 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2013, relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social e no CCP.

De acordo com Jacques Defourny e Marthe Nyssens⁶⁴ a posição adotada pela EMES no que respeita ao conceito de empresa social assenta na tradição histórica europeia do terceiro setor e radica num largo diálogo entre diferentes disciplinas, como a economia, a sociologia, a ciência política e a gestão, e as diferentes sensibilidades nacionais presentes na união europeia.

Os referidos autores identificam, na construção deste conceito, três dimensões para as quais descrevem vários indicadores que, uma vez preenchidos, nos permitem concluir estar perante uma empresa social. Assim o conceito em análise

63. EMES International Research Network, rede europeia que integra centros de investigação de inúmeros países da União Europeia.

64. Defourny, J. e Nyssens, M.: “El enfoque EMES de empresa social desde una perspectiva comparada”, EMES Working Papers Series n° 13/01, EMES European Research Network, 2013, p. 13.

encontrar-se-á por referência às seguintes dimensões: (i) económica e empresarial, (ii) social e (iii) governo participativo das empresas sociais.

No que toca à primeira dimensão referida constituem indicadores relevantes para a fixação do conceito de empresa social os seguintes elementos: o objeto principal seja a atividade produtiva de bens ou de prestação de serviços, a existência de um significativo nível de risco económico e a coexistência de trabalhadores voluntários com um nível mínimo de trabalhadores remunerados⁶⁵.

Ao nível da dimensão social destacam-se como indicadores os objetivos explícitos de benefício social⁶⁶ e de promoção da responsabilidade social, assumir a forma duma iniciativa coletiva empreendida por um grupo de cidadãos ou organizações da sociedade civil e a restrita distribuição de benefícios, avultando aqui a primazia do fim social⁶⁷.

Por último, constituem indicadores da dimensão de governo participativo o grau de autonomia das empresas sociais que se traduz num governo por um grupo de pessoas com base num projeto próprio⁶⁸, no poder deliberativo baseado na participação dos membros⁶⁹ e não com base na participação detida no capital, a influência das diferentes partes interessadas na tomada de decisões e a gestão participada.

No âmbito do Regulamento (UE) nº 346/2013⁷⁰, enquadrado na iniciativa de empreendedorismo social prevista pela Comissão na sua Comunicação, de 25 de outubro de 2011⁷¹, é afirmada a necessidade de garantir a clareza e a certeza na sua aplicação, pelo que se deve igualmente estabelecer critérios uniformes para identificar empresas sociais. Assim a empresa social é definida como “um operador da economia social cujo objetivo principal, mais do que gerar lucros para os seus proprietários ou sócios, é ter uma incidência social. Opera no mercado forne-

65. *Ibidem* pp. 14-15.

66. A empresa social tem como objetivo servir a comunidade ou um grupo específico de pessoas.

67. Defourny, J. e Nyssens, M., *idem*, p. 15.

68. As empresas sociais podem depender de ajudas públicas sem contudo serem geridas por autoridades públicas.

69. Um membro um voto.

70. Regulamento (UE) nº 346/2013 do Parlamento Europeia e do Conselho, de 17 de abril de 2013, relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social.

71. Comunicação intitulada «Iniciativa de Empreendedorismo Social – Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais».

cendo bens e serviços e utiliza os seus lucros essencialmente para atingir objetivos sociais. É gerida de forma responsável e transparente, nomeadamente através da participação de empregados, consumidores e outros interessados abrangidos pela sua atividade comercial⁷².”

Acrescenta-se a ideia de que a empresa social, se distancia das empresas comerciais pois ao invés de constituir o seu fim mediato a maximização dos lucros, têm objetivo principal o de produzir incidências sociais positivas. Estas últimas podem reconduzir-se, designadamente, à prestação de serviços a imigrantes ou à reintegração de grupos marginalizados no mercado de trabalho, fornecendo emprego, formação ou outros tipos de apoio. Por último reforça-se que o objetivo principal radica no fim social e que os lucros devem ser utilizados para esse fim e a gestão deve ser caracterizada pela responsabilidade e transparência⁷³.

É, assim, possível reconhecer no conceito adotado no regulamento as dimensões económica e empresarial, social e de governo participativo, enunciadas por Defourny e Nyssens⁷⁴.

No que respeita ao conceito de empresa social no CCP encontramos uma definição legal no seu artigo 250º-D, nº 7, nos termos do qual “são consideradas empresas sociais aquelas que se dedicam à produção de bens e serviços com forte componente de empreendedorismo social ou de inovação social, e promovendo a integração no mercado de trabalho, através do desenvolvimento de programas de investigação, de inovação e de desenvolvimento social”, nas áreas dos serviços de saúde, de ensino e culturais.

4. Fundamentos do novo regime das incapacidades no Código Civil português: a inclusão de pessoas com deficiência ou incapacidade

O novo regime jurídico do maior acompanhado introduzido no Código Civil Português pela Lei nº 49/2018, de 14/08 resultou da proposta de Lei n.º 110/XIII⁷⁵ apresentada pelo Governo.

72. Considerando 12 do regulamento.

73. Considerando 13 do regulamento.

74. *Vide supra* 3.5

75. Disponível em <https://www.parlamento.pt>

Na exposição dos motivos da proposta de lei são apresentadas as razões justificativas da necessidade de uma reforma em matéria das incapacidades. Assim é explicitado que as soluções fornecidas pelo Código Civil de 1966, no âmbito das denominadas incapacidades dos maiores, tornaram-se progressivamente desajustadas. Assistimos hoje a alterações sociodemográficas pelo aumento da esperança de vida determinante de um aumento de patologias limitativas.

Conforme se pode ler na exposição de motivos, consciente desta realidade, o Programa do XXI Governo Constitucional elegeu “como objetivo estratégico a inclusão de pessoas com deficiência ou incapacidade⁷⁶.”

É reconhecida a desadequação do regime então vigente, pela rigidez da dicotomia interdição/inabilitação como obstáculo ao exercício da capacidade de que a pessoa é ainda portadora e o carácter estigmatizante da terminologia usada.

Por outro lado destaca-se a existência de instrumentos internacionais vinculantes para a República Portuguesa, avultando aqui a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Em síntese são elencados como fundamentos para uma ambiciosa reforma: “a primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada até ao limite do possível; a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar; flexibilização da interdição/inabilitação, dentro da ideia de singularidade da situação; a manutenção de um controlo jurisdicional eficaz sobre qualquer constrangimento imposto ao visado; o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais; a agilização dos procedimentos, no respeito pelos pontos anteriores; a intervenção do Ministério Público em defesa e, quando necessário, em representação do visado^{77 78}.”

76. Proposta de Lei nº 110/XIII, p. 2.

77. *Ibidem*, p. 3.

78. Sobre a intervenção do Ministério Público no processo especial de acompanhamento de maiores, previsto nos artigos 891º a 904º do Código de Processo Civil, *vide* Teixeira de Sousa, M.: “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspetos processuais”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 41-60.

4.1. O regime jurídico do maior acompanhado

A Lei nº 49/2018⁷⁹, de 14/08, entrou em vigor a 10/02/2019, consagrou o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação previstos no Código Civil. Por força deste diploma foi introduzida uma alteração à sistemática do Código Civil, os artigos Arts. 138º a 156º, cuja Subsecção passou a ser intitulada “Maiores acompanhados”.

A nova lei introduziu um modelo de proteção sem incapacitar, passando de um figurino de substituição para um de acompanhamento. O pilar fundamental do novo regime é o respeito pela autonomia da pessoa, o que determina a subsidiariedade do acompanhamento. Estabelece o nº 1 do artigo 140º do Código Civil que “o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvas as exceções legais ou as determinadas por sentença.” E sempre que tal objetivo se encontre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam não deve ser decretada a medida de acompanhamento⁸⁰.

O âmbito e o conteúdo do acompanhamento são orientados pelo princípio da necessidade. É, assim, expressamente previsto que o acompanhamento é limitado ao necessário⁸¹.

A lei prevê que “o maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas nestes Código⁸².” A nova terminologia abandona vocábulos estigmatizantes e coloca a tónica na necessidade de apoiar, beneficiando o maior com as medidas previstas no código.

As concretas medidas de acompanhamento só podem ser decretadas por decisão judicial, a qual está sujeita a uma revisão periódica mínima de 5 em 5 anos⁸³, solução que acompanha os princípios gerais insítos na Convenção.

79. Para uma apresentação da Lei nº 49/2018, de 14/08 *vide* Pinto Monteiro, A.: “Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 25-38.

80. Artigo 140º, nº 2 do Código Civil.

81. Artigo 145º, nº 1 do Código Civil.

82. Artigo 138º do Código Civil.

83. Artigos 139º e 155º do Código Civil.

Da leitura conjugada dos objetivos e princípios estabelecidos na Convenção⁸⁴ e dos traços gerais do regime jurídico do maior acompanhado⁸⁵, resulta uma estreita ligação entre os diplomas, tendo o legislador nacional seguido o modelo de capacidade jurídica preconizado na Convenção.

4.2. A primazia da autonomia da pessoa

Conforme é sublinhado na Convenção reveste-se de particular importância para as pessoas com deficiência, a autonomia e a independência individual, incluindo a liberdade de fazer escolhas próprias⁸⁶. Constitui, ainda, um princípio geral da Convenção a inclusão plena e efetiva na sociedade das pessoas com deficiência. Na concretização da capacidade jurídica das pessoas com deficiência é exigido aos Estados Partes que adotem medidas proporcionais e adaptadas às circunstâncias de cada pessoa.

Neste contexto assumem particular relevância as novas normas contidas nos artigos 147º e 156º do Código Civil, a primeira relativa aos direitos pessoais e negócios da vida corrente, a segunda respeitante ao mandato com vista ao acompanhamento.

O nº 1 do artigo 147º do Código Civil consagra a liberdade de exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. Nos termos do seu nº 2 constituem direitos pessoais, entre outros, “os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão (...).”

84. *Vide supra* 2.1. e 2.2.

85. Sobre o novo regime jurídico do maior acompanhado *vide* Lopes Ribeiro, N.: “O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 77-109 e Miranda Barbosa, M.: *Maiores acompanhados*, primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, Gestlegal, Coimbra, setembro, 2018, pp. 37-76.

86. Para uma reflexão sobre a liberdade de fazer escolhas e o apoio a prestar ao maior no exercício deste direito, defendendo que tal liberdade inclui o direito a errar e a rejeitar o apoio na hora de decidir, *Vide* Amunátegui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad*, Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Resu Editorial, Madrid, 2019, pp. 38-42.

O alcance desta norma é de particular importância para um pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por pessoas com deficiência. É ultrapassado o anterior modelo de substituição, em que o incapaz era equiparado ao menor e sofria assim de uma incapacidade geral de exercício de direitos⁸⁷, coarctando a possibilidade de exercer a capacidade de que a pessoa (ainda) é portadora.

A possibilidade de livremente exercer escolhas, designadamente a de escolher profissão e celebrar negócios jurídicos da vida corrente, são condições basilares para uma inclusão social da pessoa com capacidade diminuída. A regra é a da liberdade de exercícios de direitos pessoais, prevendo a lei que a sua limitação está sujeita a decisão judicial.

Reveste-se igualmente de especial importância a possibilidade do maior celebrar um mandato, com vista ao acompanhamento, para gestão dos seus interesses, faculdade prevista no artigo 156.º, n.º 1 do Código Civil. A lei prevê que caso venham a ser decretadas medidas de acompanhamento, o tribunal deve aproveitar, no todo ou em parte, o mandato, tomando-o em consideração na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante.

Um dos desafios atuais é compaginar o novo regime com o regime pretérito das interdições e inabilitações já decretadas. O artigo 26.º da Lei n.º 49/2018, regula a aplicação da lei no tempo e estabelece que, para as interdições decretadas antes da entrada em vigor da nova lei, isto é antes de 10/02/2019, “o juiz pode autorizar a prática de atos pessoais direta e livremente, mediante requerimento justificado⁸⁸.”

O novo regime é imediatamente aplicável aos processos pendentes e às interdições e inabilitações já decretadas aplica-se o regime do maior acompanhado. Os acompanhamentos resultantes da conversão *ope legis* são revistos a pedido do próprio, do acompanhante ou do Ministério Público, à luz do regime atual⁸⁹.

87. Solução legal que resultava da remissão operada pela letra do artigo 139.º para o artigo 123.º do Código Civil, no anterior regime da interdição e da inabilitação. Sobre a incapacidade genérica dos interditos *vide* Carvalho Fernandes, L., Brandão Proença, J. (Coord.): Comentário ao Código Civil - Parte Geral, 1º Vol. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, anotação ao artigo 139.º, pp. 299-303.

88. Artigo 26º, nºs 4 e 5 da Lei n.º 48/2019, de 14/08 e artigo 147º do Código Civil, na sua atual redação.

89. Artigo 26º, nºs 1, 4 e 6 a 8, da Lei n.º 48/2019, de 14/08.

5. Impacto das medidas para a inclusão social e promoção da igualdade

Chegados a este ponto verificamos que a adoção do novo modelo social de deficiência na Convenção e a Estratégia Europa 2020, entre outras iniciativas e ações empreendidas a nível europeu, influenciaram a política legislativa para uma inclusão social das pessoas com deficiência e incapacidade em Portugal.

Por força da vinculatividade dos instrumentos internacionais e europeus, foram introduzidas recentes alterações no ordenamento jurídico português.

No domínio da contratação pública, a transposição da Diretiva 2014/24/UE determinou a alteração e aditamento de inúmeras normas do CCP, disposições que constituem instrumentos de política social⁹⁰.

Analisámos dois aspetos interligados: a contratação pública como instrumento de política social e a tutela da autonomia da pessoa com deficiência como pressuposto de uma política para a igualdade e inclusão social.

No que respeita ao alcance das medidas analisadas, serão aqui tecidas considerações sobre o impacto e desafios das políticas de inclusão por via da contratação pública e da promoção da igualdade no quadro do novo regime do maior acompanhado.

No domínio da contratação pública, em face das medidas de política social adotadas no CCP, realizámos uma análise ao portal dos contratos públicos, denominado Portal Base⁹¹, para aferir o nível de concretização destas medidas.

O portal em causa disponibiliza informação aberta sobre os contratos públicos sujeitos ao regime do CCP, de acordo com o previsto no artigo 2.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Proceder-se à divulgação, entre outros dados, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, o que permite o seu acompanhamento e monitorização, bem como dum relatório estatístico anual relativo aos contratos de aquisição e locação de bens e aquisição de serviços, empreitada de obras públicas e contratos de concessão de obras e serviços públicos, no cumprimento de obrigações estatísticas impostas pela Diretiva em obediência à transparência.

90. *Vide supra* 3.4.

91. Disponível em <http://www.base.gov.pt/Base/pt/OPortal/Base>

Em 2018 foi publicado o relatório⁹² anual da contratação pública relativo ao ano de 2017⁹³, ano em que foi transposta a Diretiva para o ordenamento jurídico nacional. Nas conclusões do Relatório de 2017 pode ler-se, designadamente, que:

- “O critério para apreciação das propostas mais utilizado é o do preço mais baixo, utilizado em 72,1% dos procedimentos concursais. Em 51,8% dos procedimentos concursais, o fator preço ou análogo teve um peso superior a 50%⁹⁴.”
- “80 228 foi o número de operadores económicos que celebraram contratos com entidades adjudicantes. Destes operadores económicos, 95,2% foram nacionais, 3,9% originários de outros países da União Europeia e 1,0% de países terceiros⁹⁵.”
- “Das empresas nacionais 67,0% eram microempresas, 31,2% pequenas e médias empresas e apenas 1,8% grandes empresas. As pequenas e médias empresas foram responsáveis por 43,7% do número de contratos celebrados, seguidos das micro empresas (39,1%) e das grandes empresas (17,2%)⁹⁶.”

No que respeita ao peso dos contratos públicos sobre o volume de negócios dos operadores económicos, destacamos “a identificação de 1 599 casos nos quais o valor dos contratos celebrados com as entidades adjudicantes foi superior ao volume de negócios dessas empresas no ano de 2017. Destas empresas, a maior fatia (92,9%) respeitava a Micro empresas⁹⁷.”

O Relatório assinala que “os operadores económicos que celebraram contratos públicos no ano de 2017 foram maioritariamente Micro Empresas (67,0%). Todavia, apenas representaram 39,1% do número total de contratos celebrados e somente 14,3% dos montantes contratuais. Já as Pequenas e Médias Empresas (PME), que representaram 31,2% dos operadores económicos, foram responsá-

92. Doravante apenas Relatório.

93. Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção: Contratação Pública em Portugal 2017, Direção Financeira, de Estudos e de Estratégia setembro, 2018, pp. 8-100.

94. *Ibidem*, conclusão 14ª, p. 99.

95. *Ibidem*, conclusão 17ª, p. 100.

96. *Ibidem*, conclusão 18ª, p. 100.

97. *Ibidem*, pp. 84-85.

veis pela celebração de pouco menos de metade dos contratos (43,7%), a que correspondeu perto de ½ dos valores contratuais (51,9%)^{98.}”

Da leitura do teor do Relatório não se vislumbra qualquer referência ao instrumento dos contratos reservados.

E analisados inúmeros anúncios de procedimento, publicados no ano de 2019 e disponíveis para consulta na plataforma, em nenhum caso a entidade adjudicante reservou a possibilidade de ser candidato ou concorrente, às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

Ainda numa análise ao Relatório sobre os serviços contratados (critério material) não se descortina que tenham sido celebrados contratos reservados, com empresas sociais, nos termos do artigo 250.º-D do Código dos Contratos Públicos. Com efeito na rubrica outros serviços não é discriminada a sua natureza^{99.}

A consulta do Relatório para o ano de 2017 e de vários anúncios de procedimento, publicados no ano de 2019, permite concluir que o critério para apreciação das propostas mais utilizado foi o do preço mais baixo. Não tendo sido possível encontrar, nos critérios de apreciação, subfactores instrumentais da política de inclusão social.

Tendo presente que: i) o tecido empresarial nacional é maioritariamente caracterizado por micro, pequenas e médias empresas; ii) as pequenas e médias empresas foram responsáveis por 43,7% do número de contratos celebrados em 2017, seguidos das microempresas (39,1%); iii) em 1 599 dos casos, o valor dos contratos celebrados foi superior ao volume de negócios dos operadores económicos, no ano de 2017, e destes, a maior fatia (92,9%) respeitava a microempresas; podemos concluir que, pelo alcance e peso que detém no tecido empresarial nacional, a contratação pública constitui um domínio especialmente relevante para a implementação de medidas de política social para um crescimento que promova a igualdade e a inclusão de grupos desfavorecidos como é o caso das pessoas com deficiência.

Por outro lado, o novo regime instituído para as incapacidades constitui uma importante base para a inclusão social das pessoas com deficiência. A superação do modelo de substituição, assente, em larga medida, na ausência de liberdade de escolha, de decisão e de autonomia individual para contratar, é um pressuposto de capital importância para uma política de inclusão social.

98. *Ibidem*, p. 80.

99. *Ibidem*, p. 47.

O contrato encontra-se no cerne das relações jurídicas, instrumento primordial da expressão da vontade e desenvolvimento pessoal, nas suas múltiplas facetas, designadamente o direito ao trabalho¹⁰⁰. E “um emprego é o caminho mais seguro para sair da pobreza para todas as pessoas que podem trabalhar¹⁰¹.”

O novo instituto jurídico do maior acompanhado assenta na primazia da pessoa e na sua autonomia, respeitando a capacidade de que a pessoa (ainda) é portadora pelo que constitui um pilar fundamental para que a economia social conduza a um crescimento inclusivo, apoiado na igualdade e dignidade da pessoa com deficiência ou incapacidade. Sublinhamos, pois, o papel que a autonomia das pessoas com deficiência desempenha na promoção da sua igualdade e inclusão, e o conseqüente relevo desta para um crescimento inclusivo.

A consagração da capacidade de exercício de direitos pessoais como regime regra, o modelo do acompanhamento limitado pelo princípio da necessidade, a supletividade do acompanhamento que não deve ser decretado sempre que o seu objeto se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e assistência, constituem instrumentos de promoção da igualdade e fatores de inclusão das pessoas com deficiência.

Do ponto de vista social, o aumento da esperança de vida determinou um aumento das limitações naturais na população portuguesa. “Em Portugal haverá 150.000 pessoas com demência, incluindo 90.000 doentes de Alzheimer. Além disso, temos situações de degenerescência por alcoolismo (síndrome de Kasakoff e outros), bem como pessoas com sequências de acidentes vasculares cerebrais¹⁰².”

A esta realidade acresce a especial vulnerabilidade decorrente do envelhecimento natural, potenciadora de situações usurárias e fraudulentas.

Reflexamente, a realidade judiciária tem assistido a um aumento de processos judiciais (ainda no regime pretérito) de interdição e inabilitação.

A título de exemplo refira-se o caso das ações de interdição que aumentaram sucessivamente, em número, nos anos de 2011, 2012 e 2013, registando 1.755, 1.938 e 2.147 novos processos, respetivamente¹⁰³.

100. Direito que goza de tutela constitucional e se encontra previsto no artigo 58º da Constituição da República Portuguesa.

101. Comissão Europeia (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, p. 11.

102. Menezes Cordeiro, A.: “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, nº 3, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 498.

103. *Ibidem*, p. 499.

Da breve referência ao quadro de patologias e ações conexas com as incapacidades, resulta a importância prática das medidas instituídas no novo instituto do maior acompanhado.

6. Conclusões

O diálogo entre a economia, a sociologia e o direito, permite a adoção de modelos de política social com incidências positivas para um crescimento sustentável e inclusivo, baseado na promoção da igualdade e dignidade.

A realidade parece, porém, espelhar que as medidas de política social analisadas com o objetivo dum crescimento inclusivo constituem ainda mera letra de lei, sem resultados práticos visíveis. Importa implementar ações de sensibilização no domínio da contratação pública responsável.

As medidas de política social presentes no atual Código dos Contratos Públicos, em especial por via dos contratos reservados, constituem uma base que deve ser *efetivamente* desenvolvida pelas entidades adjudicantes.

O papel a desempenhar pelas empresas sociais neste domínio depende da abertura à sua participação na economia, por via dos mecanismos disponíveis. Impõe-se, pois, uma sensibilização para uma cultura de contratação pública responsável, ainda incipiente. O caminho para o crescimento inclusivo está traçado, cumpre agora fomentar uma melhor utilização dos contratos públicos, pelos adquirentes, para apoiar objetivos sociais.

Do ponto de vista da autonomia das pessoas com deficiência e no quadro do novo regime do maior acompanhado, sublinhamos a alteração da terminologia, com adoção de conceitos menos estigmatizantes, a adoção de um modelo flexível adaptado às circunstâncias específicas da pessoa - fatores que apelam ao recurso a este regime que confere proteção sem incapacitar.

O modelo adotado, com respeito pela capacidade de exercício de direitos pessoais e norteado pelo princípio da necessidade, promove a igualdade das pessoas com deficiência na relação com os outros. A experiência demonstrará a bondade da solução adotada.

Bibliografia

- ALSTON, P.: “What political leaders need to do to eradicate poverty”, The role of power, politics and participation in eradicating poverty in Europe, Helsínquia, setembro, 2019, <https://www.eapn.eu/the-role-of-power-politics-and-participation-in-eradicating-poverty-in-europe-eapn-seminar/>
- ÁLVAREZ, I.: “El reto del derecho antes los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, Diciembre, 2018, pp. 13-44.
- AMUNÁTEGUI, C.: Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad, Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Resu Editorial, Madrid, 2019, pp. 13-47.
- CARVALHO, L. & BRANDÃO, J. (Coord.): Comentário ao Código Civil - Parte Geral, 1º Vol. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 294-343.
- COMISSÃO EUROPEIA: EUROPA 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, março, 2010, pp. 5-34.
- COMISSÃO EUROPEIA (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, pp. 4-33.
- COMISSÃO EUROPEIA (Direção-Geral do Mercado Interno, da Indústria, do Empreendedorismo e das PME): Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a análise da aplicação prática do Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), COM/2017/0242 final, 2017, pp. 2-12.
- CONSELHO EUROPEU: Declaração do Conselho sobre o Ano Europeu de luta contra a pobreza e exclusão social - trabalhar juntos para lutar contra a pobreza em 2010 e mais além, Bruxelas, dezembro, 2010, pp. 1- 3.
- DEFOURNAY, J. & NYSENS, M.: “El enfoque EMES de empresa social desde una perspectiva comparada”, EMES Working Papers Series nº 13/01, EMES European Research Network, 2013, pp. 2-45.
- EUROSTAT: Living conditions in Europe, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, março, 2018, pp. 3-143.
- EUROPEAN ANTI POVERTY NETWORK: A Estratégia Europa 2020, Bruxelas, junho, 2011, pp. 4-6.

- EWALD HÖRSTER, H.: A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 315-345.
- GUICHARD, R.: “Alguns aspetos do instituto da interdição”, Interdição e Inabilitação, Centro de Estudos Judiciários, maio, 2015, pp. 39-124.
- INSTITUTO DOS MERCADOS PUBLICOS DO IMOBILIÁRIO E DA CONSTRUÇÃO: Contratação Pública em Portugal 2017, Direção Financeira, de Estudos e de Estratégia setembro, 2018, pp. 8-100.
- LOPES, N.: “O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 77-109.
- MENDOZA, J., ROMÁN, C. & HERNÁNDEZ, M.: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, diciembre, 2018, pp. 295-332.
- MENEZES, A.: “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, nº 3, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 473-554.
- MIRANDA, M.: Maiores acompanhados, primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, Gestlegal, Coimbra, setembro, 2018, pp. 37-76.
- MIRANDA: “Nota sobre certas alterações ao Código dos Contratos Públicos”, Boletim de Direito Público, Miranda & Associados, nº 2, 2017, pp. 1-17.
- MOTA, C., PINTO, A. & PINTO, P.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 228-244.
- PAZ, M.: “A capacidade jurídica na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Direitos das Pessoas com Deficiência, Centro de Estudos Judiciários, 2017, pp. 35-74.
- PINTO, A.: “Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 25-38.
- PIRES, A.V.: “Código Civil: anotado”, 1º Vol., Coimbra Editora, Coimbra, fevereiro, 2011, pp. 143-161.
- PAIS, P.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 119-125.
- TEIXEIRA, M.: “O regime do acompanhamento de maior: alguns aspetos processuais”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 41-60.

COOPERATIVAS DE RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y OFERTAS PÚBLICAS: UN ESTUDIO DE CASO BRASILEÑO

José Francisco Siqueira Neto

Profesor de la Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

Doctor en Derecho por la Universidade de São Paulo

Daniel Francisco Nagao Menezes

Profesor de la Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

Doctor en Derecho por la Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMEN

El objetivo de esta investigación fue analizar la exención de licitación para la recolección selectiva por parte de asociaciones y cooperativas formadas por personas de bajos ingresos como resultado de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que se proclamó en la Agenda 2030. Como resultado, se descubrió que 13 de los 17 ODS propugnados en la Agenda 2030 pueden tener un impacto en la exención de licitación, especialmente porque fomentarán organizaciones colectivas, generando reflexiones sobre la vida de las personas de bajos ingresos que pueden involucrarse en ellas. Además, se observó que la implementación de esta política local de desarrollo sostenible genera desafíos tales como: los intereses de las élites locales y regionales, la ausencia de una política ambiental de desarrollo equilibrada y la incapacidad de la gestión ambiental, así como problemas sociales y económicos en el ciclo de institucionalización de estas cooperativas y asociaciones de trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Cooperación, Agenda 2030, desarrollo sostenible, residuos sólidos.

CLAVES ECONLIT: H41, H57, K32.

SOLID WASTE COLLECTION AND COOPERATIVE PUBLIC BIDDING - A STUDY OF BRAZILIAN CASE

EXPANDED ABSTRACT

The state has a strong purchasing power, not only for its resources, but also for its structural needs. From this it follows that the action of the "consumer state" tends, at the same time, to promote compliance with the demands of the public machine and to foster the economy in general. By highlighting the promotion of the economy, national states finally assume a strategic cycle that seeks to combine sustainability with a focus on local development actions.

In recent years, the State has promoted public policies that tend to expand development initiatives in full collaboration with associations and cooperatives, which operate in various sectors of public interest. One of the main ways of considering sustainable local development occurs through incentives, such as the waiver of tenders in the hiring of these entities to promote the collection, processing and marketing of solid waste.

The purpose of this research is to analyze the tender exemption for selective collection by associations and cooperatives formed by low-income people as a result of the Sustainable Development Goals (SDGs) proclaimed in the 2030 Agenda, while promoting (and looking for carry out) medium and long-range public policies. It is in this sense, for example, that the National Solid Waste Policy (PNRS) of Brazil, established by Law 12.305/2010, specifies in article 8, point IV, that the incentive for the creation of cooperatives or other forms associations of collectors of reusable and recyclable materials become one of the main instruments of this sustainability policy.

At the municipal level, the creation of these entities with the possibility of exemption from bidding promotes sustainability policies, radiating various effects for various social segments, such as access to income by hypo sufficient people, promoting an important aspect of justice Social.

In this context, due to the advent of the legal framework built by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 - CRFB, it is true that the performance of the State in contracting must be subject to moralizing principles, such as isonomy, the search for more effective proposal and, more recently, sustainable national development, as Law 11.445 / 2007 adds to the emblematic Law 8.666/1993.

In addition to the socioeconomic improvements mentioned above, the promotion of rights considered as fourth-dimensional, such as the ecologically balanced environment with intergenerational benefits, favors sustainable purchases. In this sense, if before there was an apparent forgetfulness of the social problems that involve the public procurement process, today, it can be said, there is a regulatory duty imposed on the public manager to promote both social and environmental aspects, as provided in the Article 24, XXVII, of Law 8.666/1993.

From this legal provision, it is possible to contract directly (without tender) associations or cooperatives formed exclusively by low-income people recognized by the government as collectors of recyclable materials for the collection, processing and commercialization of recyclable or reusable urban solid waste, in areas with a selective waste collection system. This legal provision is included in PNRS, article 36, paragraphs 1 and 2, which will be detailed further below.

At the same time, we also consider the impact on sustainable development that the implementation of such public procurement policy can have. This can be seen, for example, in the positive effect on the reduction of plastic and other petroleum products in contact with the soil, the reduction of recyclable waste released on public roads and the consequent improvement in water drainage systems Rainfall, in addition to, of course, the greatest preservation of ecosystems and species. It is in this sense that the text is addressed, seeking to verify what can be contemplated through the exemption of tender in the selective collection of waste by associations or cooperatives.

By the way, it should be noted that the proposed approach presupposes the dialogue between administrative law, public management, the right to the city and sustainable development based on the triangulated legal framework, internally, by CRFB, Law 8.666/93 and PNRS, and abroad, the United Nations International Conferences for the Environment.

To achieve this objective, this essay reviewed the already consolidated work on direct contracting, addressing legislation, doctrine and, slightly, jurisprudence (not only in the courts but also in the Court of Auditors of the Union - TCU); and the treatment given to the subject from an international perspective through the analysis, albeit initially, of international documents and legal systems. Based on this information, an analysis was carried out on the implications and limitations of the research object against the 2030 Agenda.

Consequently, this document was organized in three sections: in the first section, we seek to organize the debate on sustainability, public procurement and its importance in international sustainable development, pointing out the national and local / municipal perspective of this action; the second deals with the confrontation of the tender exemption for selective collection with the SDGs; and finally, the third one addresses the challenges and the possible collaborator presented by associations and cooperatives for the work in the collection, processing and commercialization of these materials.

The conclusion is that direct contracting through the exemption of the tender for the selective collection of waste by the members / associates of the cooperative, in addition to being considered by the National Solid Waste Policy as an instrument to promote development sustainable, is a viable way to reduce social problems. Issues such as extreme poverty, child labor and family work in garbage collection, for example, will have a reduction in incidence by adopting this model locally and, of course, gains in environmental preservation.

When analyzing the objectives of sustainable development in relation to the exemption of bidding to contract associations or cooperatives with low-income people, he realized that 13 of the 17 SDGs in the 2030 Agenda could be partially contemplated or debated from direct contracting and incentive consequent for collective organizations to take place, which would lead to an improvement in the quality of life of these hyposufficient people involved.

However, despite its obvious advantages, the implementation of a sustainable local purchasing policy in Brazil has several obstacles. In this scenario, the political, structural / organizational, economic and social aspects stand out. In view of the above, and the potential that the consumer state has undeniable, it is necessary to expand the vision in public management to aspects of sustainability in public administration actions, as the so-called pioneer nations in purchasing have done. sustainable public In Brazil, the road is already, to some extent, open, pointing to mechanisms that integrate the combined efforts of society and the state itself, in order to honor the public policies that, in a way, contribute to the preservation of the environment and reduce the suffering of the hyposufficient population in Brazilian cities.

KEY WORDS: Cooperation, 2030 Agenda, sustainable development, Solid waste.

SUMARIO

Introducción. 1. Desarrollo sostenible y la Agenda 2030. 2. Sostenibilidad en la oferta a través de la ley comparada. 3. Recolección selectiva en ciudades brasileñas: ¿una realidad real? 4. Dispensación de licitación de recogida selectiva y Agenda 2030. 5. La exención de licitación para la contratación selectiva de recolección de residuos para cooperativas y asociaciones de bajos ingresos. Desafíos institucionales. Consideraciones finales. Bibliografía.

Introducción

Como era de esperar, el Estado tiene un fuerte poder adquisitivo, no solo por sus recursos, sino también por sus necesidades estructurales. De esto se deduce que la acción del “Estado consumidor” tiende, al mismo tiempo, a promover el cumplimiento de las demandas de la máquina pública y a fomentar la economía en general. Al destacar la promoción de la economía, los estados nacionales finalmente asumen un ciclo estratégico que busca combinar la sostenibilidad con un enfoque en las acciones de desarrollo local.

En los últimos años, el Estado ha promovido políticas públicas que tienden a ampliar las iniciativas de desarrollo en plena colaboración con asociaciones y cooperativas, que operan en diversos sectores de interés público. Una de las principales formas de considerar el desarrollo local sostenible ocurre a través de incentivos, como la renuncia a las licitaciones en la contratación de estas entidades para promover la recolección, procesamiento y comercialización de residuos sólidos.

Por lo tanto, el propósito de esta investigación es analizar la exención de licitación para la recolección selectiva por parte de asociaciones y cooperativas formadas por personas de bajos ingresos como resultado de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) proclamados en la Agenda 2030, mientras se promueve (y busca realizar) políticas públicas de mediano y largo alcance. Es en este sentido, por ejemplo, que la Política Nacional de Residuos Sólidos (PNRS), de Brasil, instituida por la Ley 12.305/2010, especifica en el artículo 8, punto IV, que el incentivo para la creación de cooperativas u otras formas de asociaciones de recolectores de materiales reutilizables y los reciclables se convierten en uno de los principales instrumentos de esta política de sostenibilidad.

A nivel municipal, la creación de estas entidades con la posibilidad de exención de licitación impulsa las políticas de sostenibilidad, irradiando diversos efectos para diversos segmentos sociales, como el acceso a los ingresos por parte de personas hipo suficientes, promoviendo un aspecto importante de la justicia social.

En este contexto, debido al advenimiento del marco legal construido por la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 - CRFB, es cierto que el desempeño del Estado en la contratación debe estar sujeto a principios moralizantes, como la isonomía, la búsqueda de la propuesta más efectiva y, más recientemente, el desarrollo nacional sostenible, tal como lo agrega la Ley 11.445/2007 a la emblemática Ley 8.666/1993.

Además de las mejoras socioeconómicas mencionadas anteriormente, la promoción de los derechos considerados como de cuarta dimensión, como es el caso del medio ambiente ecológicamente equilibrado con beneficios intergeneracionales, favorece las compras sostenibles. En este sentido, si antes había un aparente olvido de los problemas sociales que implican el proceso de contratación pública, hoy, se puede decir, existe el deber normativo impuesto al gerente público de promover tanto aspectos sociales como aspectos ambientales, según lo dispuesto en el artículo. 24, punto XXVII, de dicha Ley 8.666/1993.

A partir de esta disposición legal, es posible contratar directamente (sin licitación) asociaciones o cooperativas formadas exclusivamente por personas de bajos ingresos reconocidas por el gobierno como recolectores de materiales reciclables para la recolección, procesamiento y comercialización de residuos sólidos urbanos reciclables o reutilizables, en zonas con un sistema de recogida selectiva de residuos. Dicha disposición legal se incluye en PNRS, artículo 36, párrafos 1 y 2, que se detallarán más a posteriori.

Al mismo tiempo, también consideramos el impacto sobre el desarrollo sostenible que puede tener la implementación de dicha política de contratación pública. Esto se puede ver, por ejemplo, en el efecto positivo en la reducción de plástico y otros derivados del petróleo en contacto con el suelo, la reducción de los desechos reciclables liberados en las vías públicas y la consiguiente mejora en los sistemas de drenaje de aguas pluviales, además de, por supuesto, la mayor preservación de los ecosistemas y especies. Es en este sentido que se dirige el texto, buscando verificar qué puede contemplarse mediante la exención de licitación en la recolección selectiva de residuos realizada por asociaciones o cooperativas.

Por cierto, debe señalarse que el enfoque propuesto presupone el diálogo entre el derecho administrativo, la gestión pública, el derecho a la ciudad y el desarrollo sostenible basado en el marco legal triangulado, internamente, por CRFB,

la Ley 8.666/93 y PNRS, y en el extranjero, las Conferencias Internacionales de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Para lograr este objetivo, este ensayo revisó el trabajo ya consolidado sobre contratación directa, abordando la legislación, la doctrina y, ligeramente, la jurisprudencia (no solo en los tribunales sino también en el propio Tribunal de Cuentas de la Unión - TCU); y el tratamiento dado al tema desde una perspectiva internacional mediante el análisis, aunque sea inicialmente, de documentos internacionales y sistemas legales. Con base en esta información, se realizó un análisis sobre las implicaciones y limitaciones del objeto de investigación contra la Agenda 2030.

En consecuencia, este documento se organizó en tres secciones: en la primera sección, buscamos organizar el debate sobre la sostenibilidad, la contratación pública y su importancia en el desarrollo sostenible internacional, señalando la perspectiva nacional y local/municipal de esta acción; el segundo trata de la confrontación de la exención de licitación para la recolección selectiva con los ODS; y finalmente, el tercero aborda los desafíos y la posible colaboración presentado por asociaciones y cooperativas para el trabajo en la recolección, procesamiento y comercialización de estos materiales.

1. Desarrollo sostenible y la Agenda 2030

Los temas de sostenibilidad no han estado en la agenda por un corto tiempo, y el número de documentos públicos internacionales y nacionales que tratan temas sociales y ambientales es considerable. En este sentido, según Valente¹, varios países comenzaron a utilizar, como mecanismo para fomentar iniciativas dirigidas a la producción de bienes y servicios sostenibles, el poder adquisitivo de las entidades gubernamentales, cuyos procesos de selectividad de bienes y servicios incorporaron criterios. Sostenibilidad ambiental.

En este contexto, destacamos la variedad de conferencias internacionales sobre el clima, el medio ambiente y los compromisos asumidos por varios países/naciones. De las Naciones Unidas - Registros de la ONU, la primera conferencia ambiental importante fue la Conferencia de Estocolmo en 1972. Se lanzó el marco legal global para el equilibrio entre economía y sostenibilidad.

1. VALENTE, M.A.L. "Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública", Câmara dos Deputados, Estudo, março de 2011.

Otro evento muy importante es la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo (CMMAD o WCED), conocida como la Comisión Brundtland, que comenzó en 1982. De esto surgió el concepto más difundido y a menudo contradictorio. Desarrollo sostenible como uno que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades².

A pesar de la ocurrencia de una serie de otros eventos con la colaboración de varias naciones, este artículo buscará enfocarse en un documento que vino a consolidar los supuestos construidos a lo largo de los años en los auspicios de la ONU.

En septiembre de 2015, la Cumbre de Desarrollo Sostenible tuvo lugar en Nueva York en la sede de la ONU. En él, todos los países participantes de la ONU han definido los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible que debería finalizar el ODM (los Objetivos de Desarrollo del Milenio). Fecha límite 2030, esta agenda se conoce como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A través de los objetivos esbozados allí, se busca el desarrollo sostenible desde una perspectiva ambiental y humana, para conciliar el progreso económico, la reducción de la pobreza y la sostenibilidad. De lo contrario, veamos la Agenda 2030 de las “Cinco P”:

Personas: erradicar la pobreza y el hambre en todos los sentidos y garantizar la dignidad y la igualdad.

Prosperidad: garantizar una vida próspera y plena en armonía con la naturaleza.

Paz: promoción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas.

Partnership [alianzas]: Implemente la agenda a través de una asociación global sólida.

Planeta: Proteja los recursos naturales y el clima de nuestro planeta para las generaciones futuras.

De las cinco P enumeradas anteriormente, esta claro que hay una tendencia internacional/global a armonizar temas importantes como la paz, la prosperidad, la lucha contra la pobreza y el hambre con la protección de los recursos naturales y el clima del planeta para las generaciones futuras.

2. WCED. “Report of the World Commission on Environment and Development: Our common future”, Oslo, United Nations, 1987.

En esta búsqueda, la ONU había establecido ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), cuyas acciones fueron monitoreadas y sus resultados consolidados en el informe publicado en 2015. Los ODM, según el documento Informe de los Objetivos de Desarrollo del Milenio consistió en: 1) Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) Lograr la enseñanza primaria universal; 3) Promover la equidad de género y el empoderamiento femenino; 4) Reducir la mortalidad infantil; 5) Mejorar la salud materna; 6) Combatir el HIV/SIDA, la malaria y otras enfermedades; 7) Asegurar la sostenibilidad ambiental; 8) Desarrollar una asociación global para el desarrollo.

Quince años después del lanzamiento de los objetivos, después de la caracterización de las fortalezas y debilidades del logro de los objetivos expresados en el informe, había una mayor oportunidad para detallar mejor las nuevas metas y objetivos, ahora para 2030. Los 17 (diecisiete) Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son:

1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas, en todas partes;
2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y una mejor nutrición y promover una agricultura sostenible;
3. Asegurar una vida saludable y promover el bienestar para todos, a todas las edades;
4. Garantizar una educación equitativa, inclusiva y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos;
5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas;
6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos;
7. Garantizar un acceso a la energía confiable, sostenible, moderno y asequible para todos;
8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos;
9. Construir infraestructuras robustas, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación;
10. Reducir la desigualdad dentro y entre países;
11. Hacer que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resistentes y sostenibles;
12. Garantizar patrones de producción y consumo sostenibles;
13. Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus impactos;

14. Conservar y utilizar de manera sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible;
15. Proteger, restaurar y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación, detener y revertir la degradación de la tierra y detener la pérdida de diversidad;
16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, proporcionar acceso a la justicia para todos y construir instituciones efectivas, responsables e inclusivas a todos los niveles;
17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la asociación mundial para el desarrollo sostenible³.

Con estos supuestos, la ONU busca estimular acciones globales, nacionales, regionales y subregionales para avanzar en los ODS. Uno de los puntos destacados en las políticas que apoyan la hoja de ruta para ubicar los ODS es la gobernanza cooperativa para establecer prioridades comunes.

A este respecto, se enumeran varios mecanismos de gobernanza, como la cooperación intermunicipal, que establece que los gobiernos locales y regionales deben trabajar juntos para garantizar un enfoque más integrado y eficiente del desarrollo territorial a través de cooperación en la provisión de servicios, infraestructura y, cuando sea posible, a través del intercambio de recursos y capacidades. Estos y otros elementos pueden estar en línea con la visión de sostenibilidad en las adquisiciones, un punto que se discutirá en la siguiente sección.

2. Sostenibilidad en la oferta a través de la ley comparada

Habiendo revisado algunos puntos del panorama de la sostenibilidad mundial a la luz de la Agenda 2030, es importante abordar los aspectos nacionales de las políticas públicas formuladas y implementadas por algunos países en el campo de las adquisiciones y las adquisiciones públicas en Brasil. Esto se hace con el supuesto desempeño estatal en la economía como un gran consumidor de bienes y servicios, lo que, además de la consecuencia obvia de mover el mercado, le da

3. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 25 set. 2015.
Disponível: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf> Acesso: 14/10/2019.

al gobierno la responsabilidad de proporcionar los insumos necesarios sin descuidar el cumplimiento de parámetros mínimos de sostenibilidad ambiental.

En este sentido, “Mohan”⁴ señala que la adquisición o contratación de obras, bienes y servicios se habría basado históricamente en la búsqueda de los mejores términos/condiciones posibles, observando básicamente dos criterios: precio y calidad. Según el autor, esta realidad histórica se diseñó con el objetivo de maximizar los beneficios para la organización que compra los insumos.

En este sentido, bajo la propuesta de conciliar aspectos que van más allá del precio y la calidad de los bienes y servicios adquiridos, se ha defendido la promoción de compras sostenibles. Aun según “Mohan”⁵, la adquisición sostenible consiste en considerar factores ambientales junto con factores financieros en la toma de decisiones de compra, que incluye aspectos de ponderación como la vida útil, los riesgos asociados, las medidas de éxito y las implicaciones para sociedad y medio ambiente.

Al abordar el enfoque desarrollado aquí, el autor agrega que a través de la adquisición sostenible, las organizaciones adquieren sus aportes teniendo en cuenta una serie de factores. Además de los problemas específicos de las finanzas, etc., el autor señala como atención primaria a los aspectos sociales, como los efectos sobre la erradicación de la pobreza, la desigualdad en la distribución de recursos, las condiciones laborales, los derechos humanos y el comercio justo.

Como Adjei⁶ (2010), la contratación pública sostenible tendría el potencial de generar beneficios tales como: (a) reducción de los impactos ambientales adversos derivados de la contratación pública; y (b) mejorar las condiciones de trabajo, salud y seguridad y las condiciones de los grupos desfavorecidos en el país que aplican la contratación pública sostenible.

Es precisamente en este contexto que los países que se esfuerzan por crear estrategias para reducir los contaminantes y promover el desarrollo sostenible, han construido instrumentos normativos para hacer factibles las adquisiciones y las adquisiciones públicas que honren la preservación del medio ambiente.

4. MOHAN, V. “Public procurement for sustainable development”, Seoul, IPPC4, 2010. Disponible en: www.ipppa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-11.pdf. Acceso: 11/10/2019.

5. MOHAN, V. “Public procurement for sustainable development”, Seoul, IPPC4, 2010. Disponible en: www.ipppa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-11.pdf. Acceso: 11/10/2019.

6. ADJEI, A. B. “Sustainable public procurement: a new approach to good governance”, Seoul, IPPC4, 2010. Disponible en: www.ipppa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-10.pdf. Acceso: 21/09/2019.

En vista de esto, es apropiado señalar preliminarmente cuestiones terminológicas que apoyan el estudio de la relación entre contratación pública y desarrollo sostenible. En este sentido, bajo el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA, la nomenclatura de Compras Públicas Sostenibles -CPS se utiliza de forma masiva; para la Comisión Europea, el término Contratación Pública Ecológica- CPV; al final, debe enfatizarse que lo que se busca en ambos lados es el desarrollo sostenible⁷.

Aún en términos conceptuales, parece que el trabajo estatal en relación con la CPS se realiza de acuerdo con dos metodologías/modelos de atribución: centralizado y descentralizado.

En el primer caso, existe una organización o entidad estatal que realiza compras públicas para sí misma y para el resto de los poderes adjudicadores del sector público. En el modelo descentralizado, cada unidad de gestión/unidad de contratación promueve individualmente su contratación. En Europa, por ejemplo, hay una transición entre concentrado y descentralizado, siendo Alemania uno de los casos de adopción de este último modelo⁸.

En América Latina, por el contrario, el modelo centralizador aún predomina. Según lo informado por Schneider⁹, no hay consenso sobre el mejor modelo, que por supuesto dependerá del contexto de cada nación.

En el caso de Brasil con la implementación del Sistema de Registro de Precios -SRP y el Módulo SIASG- IRP (Sistema de Administración General de Servicios Integrados -Intención de Registro de Precios) hay un sistema mixto, en el que, por ejemplo, una Unidad de Gestión- UG puede ofertar a favor de “n” partes interesadas, de acuerdo con las reglas del instrumento de convocatoria al que se adhieren. Esta herramienta de trabajo persigue, además de economía y eficiencia en la gestión pública, la aplicación de las normas introducidas por Nueva Instrucción 05/2017 SEGES/MPDG/Brasil, que impone la elaboración de las

7. SCHNEIDER, H. “Experiências internacionais em contratações públicas sustentáveis: Coreia do Sul, Estados Unidos, Japão e Suécia”, Divisão de Desenvolvimento Sustentável e Assentamentos Humanos da CEPAL, Santiago de Chile, Organização das Nações Unidas, 2015.

8. SCHNEIDER, H. “Experiências internacionais em contratações públicas sustentáveis: Coreia do Sul, Estados Unidos, Japão e Suécia”, Divisão de Desenvolvimento Sustentável e Assentamentos Humanos da CEPAL, Santiago de Chile, Organização das Nações Unidas, 2015.

9. SCHNEIDER, H. “Experiências internacionais em contratações públicas sustentáveis: Coreia do Sul, Estados Unidos, Japão e Suécia”, Divisão de Desenvolvimento Sustentável e Assentamentos Humanos da CEPAL, Santiago de Chile, Organização das Nações Unidas, 2015.

evaluaciones de riesgo y el llenado de los requisitos de sostenibilidad en la elección de la mejor propuesta.

Como señaló Hely Lopes Meirelles¹⁰, los sistemas de licitación más cercanos al brasileño son el portugués, el español, el argentino y el uruguayo. Sin embargo, otras ordenanzas más diferentes también abordan el tema de la sostenibilidad en las acciones estatales, como el Reino Unido, donde se aplica el derecho común¹¹.

De estos países, el que tiene la razón pionera más cercana para la contratación al eximir la licitación para la recolección selectiva de residuos por parte de cooperativas y asociaciones de personas necesitadas es España, que trabaja en la contratación pública sostenible a nivel local.

En un análisis internacional, contemplando la realidad de España, Alemania, Estados Unidos, México y la Región Metropolitana de Santiago - Chile, Góngora¹² (2003) señala que existen lagunas en el diseño de políticas y la implementación de estrategias regulatorias en el tema ambiental. Para el autor, las instituciones estatales con suficiente poder de coordinación y control tienen poco desarrollo de instrumentos económicos a través de los cuales se ofrezcan incentivos efectivos para minimizar la producción de desechos y abordar correctamente las fallas de los mercados involucrados. Finalmente, uno puede entender la estrecha relación de la idea de Góngora y la participación del Estado en el desarrollo sostenible a través de su papel como consumidor de bienes y servicios.

Con una síntesis de la realidad española, Góngora¹³ argumenta que, para reducir, reutilizar, reciclar y recuperar, así como promover nuevas tecnologías menos contaminantes, la Ley establece que la Administración Pública, dentro de sus respectivas competencias, puede fomentar tales prácticas. Según el autor, la función de recogida, transporte y eliminación de residuos municipales en España se asigna a los gobiernos locales. Esta perspectiva se asemeja a la realidad norma-

10. MEIRELLES, H. L. "Direito Administrativo Brasileiro". 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

11. CAVALCANTI, D.; OLIVEIRA, G.; D'AVIGNON, A.; SCHNEIDER, H.; TABOULCHANAS, K. "Compras públicas sustentáveis: Diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro", Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL y Ministério do Meio Ambiente, Brasil, 2017.

12. GÓNGORA, J.C. "Beneficios y costos de políticas públicas ambientales en la gestión de residuos sólidos: Chile y países seleccionados", Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL - SEIRE Medio ambiente y desarrollo, Nações Unidas, 2003.

13. GÓNGORA, J. C. "Beneficios y costos de políticas públicas ambientales en la gestión de residuos sólidos: Chile y países seleccionados", Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL - SEIRE Medio ambiente y desarrollo, Nações Unidas, 2003.

tiva brasileña, en la cual los municipios son responsables de los servicios de limpieza urbana, mientras que, como se verá más adelante, también deben cumplir con sus obligaciones de sostenibilidad.

Sostenibilidad en las ofertas brasileñas

Según un informe de SEBRAE-SP¹⁴, la suma de la contratación pública en la Unión Europea representa alrededor del 14% del PIB europeo. En el caso de Brasil, las estimaciones recientes muestran que alrededor del 10% del PIB de Brasil está impulsado por compras y contrataciones de agencias gubernamentales¹⁵. Así, se puede ver el grado de importancia que asume la figura del estado consumidor en el desarrollo de una nación.

En este sentido, Ferreira y Giusti¹⁶, ante una duda “frecuente y subliminal” que consideraría la posibilidad de licitar para promover otros propósitos, como los anunciados en el preámbulo y en las primeras y más importantes notas de la Carta Republicana, señale que:

*a promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou figurar como finalidade da licitação e se, ao mesmo tempo, configura ele um direito fundamental, então é possível concluir que, no Brasil, os processos licitatórios também têm por escopo satisfazer esse direito fundamental*¹⁷

Estos datos indican que es esencial que se consideren aspectos de la sostenibilidad ambiental y social en el uso de los recursos públicos.

14. SEBRAE. “Temas em debate I: As micro e pequenas empresas e as compras governamentais”, São Paulo, 2004, disponible en:

http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/compras_governamentais.pdf acceso en 07/10/2019.

15. SOUZA, M.T.S. de; OLIVERO, S. M. “Compras Públicas Sustentáveis: um Estudo da Incorporação de Critérios Socioambientais nas Licitações do Governo do Estado de São Paulo”, EnANPAD - XXXIV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, 2010.

16. FERREIRA, D.; GIUSTI, A. F. C. O. “A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável”, A&C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 177-193, abr/jun, 2012, p. 189.

17. FERREIRA, D.; GIUSTI, A. F. C. O. “A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável”, A&C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 177-193, abr/jun, 2012.

En este contexto, Squeff¹⁸ señala que, aunque las adquisiciones y contrataciones del sector público apuntan especialmente a cumplir algunos objetivos gubernamentales específicos, es innegable que un uso más articulado del potencial económico de las demandas estatales puede honrar varios otros objetivos también asociados con el proceso de desarrollo. Este es exactamente el caso de la sostenibilidad promovida como se propone en este documento.

En este sentido, Cavalcanti¹⁹ señala que la compra pública sostenible se consideraría un instrumento capaz de promover cambios en los patrones de producción y consumo a nivel nacional, a fin de hacerlos más sostenibles, mediante el uso del poder adquisitivo gubernamental.

Con respecto al marco legal para las ofertas sostenibles en Brasil, existe una ligera controversia. Algunos señalan que solo en 2010 se consolidó la contratación pública sostenible mediante el advenimiento de la Instrucción Normativa N° 1 del 19 de enero de 2010, que establece criterios de sostenibilidad ambiental para la adquisición de bienes, la contratación de servicios y obras en la Administración Pública Federal, editado por la Secretaría de Logística y Tecnología de la Información -SLTI del Ministerio de Planificación, Desarrollo y Gestión- MPDG.

Más tarde, la innovación sería por ley, cuando la redacción dada al art. 3, caput, de la Ley N° 8.666, de 21 de junio de 1993, fue enmendada por la Ley N° 12.349, de 5 de diciembre de 2010. Allí, cambió sustancialmente el marco legal y operativo de las licitaciones públicas en Brasil, obligando a todas las Entidades de la Federación a promover licitaciones públicas sostenibles.

En cuanto a la definición del marco legal de la contratación pública sostenible en Brasil, establece que, incluso antes de la alteración del *caput* del art. 3 de la Ley 8.666 e 1993, ya existía un marco legal implícito sobre las ofertas sostenibles. Este marco se basaría en la interpretación sistemática de la Constitución Federal, especialmente sus arts. 23, VI, 170, VI y 225 acumulados con el art. 37, XXI.

En este sentido, a medida que el CRFB/88 adoptó moldes democráticos y estableció la defensa del medio ambiente como un factor de cumplimiento obli-

18. SQUEFF, F. de H. S. "O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso Brasileiro", Brasília, IPEA, 2014.

19. CAVALCANTI, D.; OLIVEIRA, G.; D'AVIGNON, A.; SCHNEIDER, H.; TABOULCHANAS, K. "Compras públicas sustentáveis: Diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro", Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL y Ministério do Meio Ambiente, Brasil, 2017.

gatorio del orden económico, no se puede decir que el constituyente guardó silencio sobre el desarrollo sostenible en la acción estatal en general, aunque hay críticas. La implementación del texto constitucional al respecto, como se observa en Santos²⁰. Aun así, proporciona el art. 170, VI, de la Constitución Federal de que el orden económico debe observar la protección del medio ambiente, incluso a través del tratamiento diferenciado de acuerdo con el impacto ambiental de los productos y servicios y sus procesos de elaboración y prestación.

Aún a raíz del desarrollo sostenible, considere la relación entre una de las “cinco P” de la Agenda 2030 sobre las personas: “erradicar la pobreza y el hambre en todos los sentidos y garantizar la dignidad y la igualdad” con el ítem VII del mismo artículo 170 de CRFB: VII - “reducción de las desigualdades regionales y sociales”. Esto demuestra la armonía existente entre la disposición ya existente de CRFB y el reciente documento de la Agenda 2030. Es la alineación que se ha producido entre la patria normativa y la escena internacional.

En este contexto, la caput del art. 225 de la Constitución requiere que el Gobierno defienda y preserve el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. Dadas estas disposiciones constitucionales, a la luz de la unidad de la Constitución, se entiende que la Administración Pública, en sus procesos de licitación, debe considerar bienes y servicios que cumplan con los criterios de sostenibilidad ambiental.

Tras el cambio estructural en la normatividad de las ofertas inaugurado por CRFB, Brasil promovió la instrumentalización de la promoción de la sostenibilidad en las acciones del estado consumidor. Un ejemplo de esto es el trabajo del “Advocacia Geral da União – AGU”, que creó un Centro Especializado para la Sostenibilidad - NESLIC, que, según el sitio web de la institución, “es el núcleo de la Abogacía General de la Unión responsable de organizar y sistematizar la legislación y otras directrices sobre sostenibilidad en ofertas y contratos”. Por esta razón, la agencia pone a disposición en su sitio web la Guía Nacional de Ofertas Sostenibles, así como el Manual de Implementación de Ofertas Sostenibles en la Administración Pública Federal.

También en relación con la acción de la AGU, debe tenerse en cuenta que, en el momento en que se le insta a expresar su opinión sobre los instrumentos de convocatoria (por ejemplo, edictos) y sus anexos, los fiscales federales gene-

20. SANTOS, M.T.L. F. dos. “Compatibilização ou preponderância de valores na aplicação da sustentabilidade”, Revista Jurídica da UFERSA, Mossoró, v. 1, n. 1, p.144-164, jan./jul. 2017.

ralmente han prestado atención a las reflexiones sobre la sostenibilidad en los procedimientos de licitación, sugiriendo a los consultores la adopción de criterios en este sentido. Tanto es así que, en la propia lista de verificación disponible en los “modelos de licitación y contratación” en su sitio web, AGU pone según sea necesario el enfoque de los aspectos de sostenibilidad durante la fase de licitación y sus efectos en la ejecución/gestión del contrato que puede firmarse.

Además del trabajo de los órganos de representación y asesoría jurídica de la Unión, existe una acción administrativa promovida por el Ministerio de Planificación, Gestión y Desarrollo - MPDG, instrumentalizada por la cuestión del Decreto No. 7746, de 5 de junio de 2012, que creó la Comisión Interministerial para la Sostenibilidad en Administración Pública - CISAP.

También se creó un portal electrónico para alojar información y datos de CISAP a través de una asociación con ICLEI - Gobiernos locales para la sostenibilidad con el apoyo de la Embajada británica en Brasilia. Esto, además de la movilización nacional a favor de la sostenibilidad en la Administración Pública, confirma la voluntad de colaboración entre los países, de acuerdo con la historia de las convenciones internacionales y las traducciones sobre el medio ambiente.

En vista de esto, vemos, por lo tanto, la importancia de la participación del Estado en la búsqueda y el uso de mecanismos hábiles para promover el desarrollo nacional sostenible, ya sea regulando y supervisando el desempeño de las personas en sus actividades o luchando por sus propias acciones como Administración pública, imprime el sello de sostenibilidad.

3. Recolección selectiva en ciudades brasileñas: ¿una realidad real?

Considerando la importancia de que el Estado actúe como consumidor, Ribeiro y Júnio²¹ señalan el uso del término “política de contratación pública” para expresar la idea de que, subyacente a la compra, existe una política estatal, con metas y objetivos, tales como eficiencia, desarrollo de la industria local y creación de empleo. En este sentido, vemos la necesidad de que el Estado, al mismo tiempo, desarrolle sus actividades de promoción, policía y prestación de servicios públicos y promueva la sostenibilidad ambiental.

21. RIBEIRO, C.; JÚNIO, E. I. “Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro”, *Caderno Finanças Públicas*, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014.

En este contexto, varias políticas se han centrado en el desarrollo local. En vista de esto, la recolección selectiva de residuos, además de ser sustancialmente importante en sus resultados, ha recibido un tratamiento importante tanto en las normas nacionales como internacionales.

No por casualidad, fue durante este período que se creó la Política Nacional de Residuos Sólidos (PNRS), establecida por la Ley N° 12.305/10, y fue durante este período que se promulgó la Ley N° 12.349, de 15 de diciembre de 2010. El desarrollo nacional sostenible como uno de los objetivos de las ofertas. Además, otro punto importante que dialoga con el aumento en el índice de municipios con recolección selectiva es también la reducción considerable en el costo por tonelada de recolección selectiva versus recolección común.

Además de la cuestión de la recolección selectiva en sí misma, siendo también objeto de este artículo la situación de las personas de bajos ingresos como miembros cooperativos/contratados mediante renuncia a la licitación, es evidente la diferencia resentada en los índices de recolección regionalizados, como se muestra a continuación.

Por lo que podemos ver, la mayor concentración de programas municipales de recolección selectiva permanece en las regiones sureste y sur del país. Del total de municipios brasileños que realizan este servicio, el 81% se encuentra en esas dos regiones²². Una vez más, la desigualdad socioeconómica se destaca y, en este caso, impacta en temas relacionados con el desarrollo sostenible.

Dados estos datos, parece evidente que la realidad brasileña actual todavía es incipiente con respecto a la recolección selectiva. Esta situación empeora en las regiones más pobres, norte y noreste, y probablemente se asocia con aspectos socioeconómicos crónicos. Por lo tanto, la recolección selectiva en Brasil sigue siendo una realidad distante, a pesar de su importancia en todo el mundo e incluso en los países de origen normativos.

Notas sobre la exención licitación

Según el art. 37, artículo XXI de CRFB, los contratos administrativos, por regla general, serán precedidos por un proceso de licitación pública regular que garantice la igualdad de condiciones para todos los competidores. Ya podemos

22. Associação Brasileira de Resíduos Sólidos e Limpeza Pública
http://www.ablp.org.br/pdf/Guia_PNRS_11_alterado.pdf acceso en 17/12/19.

ver la influencia ejercida por los dictados del Estado de derecho democrático, en el sentido de que, junto con una acción estatal eficiente, garantizar los derechos fundamentales de los administrados, como es el caso de la isonomía entre los licitadores.

Avanzando en la normatividad de la patria, la Ley 8.666/93 es un verdadero hito en el tratamiento de las ofertas y la contratación pública. En este sentido, insta a resaltar la precisión y, por qué no decir, el carácter analítico con el que esta Ley se ocupa del desempeño del estado consumidor, dejando al administrador público, al mismo tiempo, la ventaja de operar la máquina pública con una amplia gama de cláusulas exorbitantes y la carga de conciliar el interés público con la selección de la propuesta más ventajosa, la isonomía y el desarrollo nacional sostenible.

A este respecto, el deber de licitar, por regla general, encuentra excepciones que hacen posible la contratación directa, ya sea por imposibilidad de competencia o por la búsqueda del interés público. Esta es precisamente la razón por la cual, en casos particulares, se puede contraer a través de la imposibilidad de ejecución o exención de licitación. Si bien la imposibilidad de ejecución ocurre cuando la competencia es imposible, a su vez, la dispensación se refiere a:

“situações em que a competição é possível, mas sua realização pode não ser para a Administração conveniente e oportuna, à luz do interesse público. Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma decisão discricionária da Administração Pública²³”

Este es el caso de la disposición expresada en el artículo 36 del PNRS, que determina en sus párrafos 1 y 2:

§ 1o Para o cumprimento do disposto nos incisos I a IV do caput, o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos priorizará a organização e o funcionamento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, bem como sua contratação.

§ 2o A contratação prevista no § 1o é dispensável de licitação, nos termos do inciso XXVII do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

23. MAZZA, A. “Manual de direito administrativo”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 696.

Además, como bien señalan Satin, Pedrini y Comiran²⁴, PNRS establece, en su artículo 18, el privilegio de acceso a los recursos de la Unión a los municipios que pueden establecer la participación de cooperativas u otras formas de asociación de recicladores, materiales reutilizables y reciclables formados por personas de bajos ingresos.

Es de destacar que, a pesar de la plena posibilidad de una competencia razonable, el instituto de dispensación honra factores más allá de la normatividad, como el desarrollo económico y social. En este sentido, existe un esfuerzo entre organizaciones estatales para promover el desarrollo nacional sostenible en una fuerza conjunta entre SLTI/MPGD y AGU para establecer un ejemplo federal.

Otros casos de exención de licitación también se iniciaron en la orden brasileña, de acuerdo con la Ley 8.666 / 93, en el artículo 24, como por ejemplo:

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para

24. SANTIN, J. R.; PEDRINI, M.; COMIRAN, R. “A política nacional dos resíduos sólidos e os municípios brasileiros: desafios e possibilidades”, Revista de Direito da Cidade, v. 9, n. 2, p.556-581, 2017, Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

Estos casos de contratación directa retratan el papel del Estado más allá de la mera legalidad como el estricto cumplimiento de las normas, contribuyendo a la reducción/combate de enfermedades sociales como el desequilibrio económico y financiero, la resocialización del preso, la inclusión de personas con discapacidad, la lucha contra sequía y la promoción del desarrollo en la agricultura familiar.

En casos de despido siempre hay un interés social implícito, que va más allá de los límites matemáticos esencialmente objetivos postulados por la búsqueda de la propuesta más ventajosa. Es la búsqueda de la propuesta más ventajosa (formar un trípode con isonomía y desarrollo nacional sostenible), a pesar de la advertencia de que está vinculada, además de los criterios financieros, a cuestiones técnicas, como la descripción de artículos o servicios en el término o proyecto básico, no respalda las políticas gubernamentales adecuadas y los problemas de gestión pública.

El desarrollo sostenible, por otro lado, invita al administrador público a la difícil tarea de conciliar la isonomía y la búsqueda de ventajas de la mejor propuesta a los intereses parafiscales del estado, al bien común en sí. En este sentido, la contratación directa de cooperativas y asociaciones formadas por personas de bajos ingresos para la recolección selectiva de residuos, además de honrar los aspectos de sostenibilidad con respecto al PNRS, favorece la lucha por la reducción de la desigualdad social y sus enfermedades, que también es un aspecto de desarrollo sostenible, según las convenciones internacionales ya expuestas.

4. Dispensa de licitación de recogida selectiva y Agenda 2030

Como se discutió hasta ahora, la exención de licitación para la contratación de recolección selectiva de desechos por parte de cooperativas y asociaciones formadas por personas de bajos ingresos, además de tener subsidio legal, parece tener atractivo y vinculación con las perspectivas de sostenibilidad. Ahora, tenemos la intención de revisar cuánto de los objetivos de desarrollo sostenible contempla la exención para este propósito.

De lo que ya se ha retratado, el primer ODS es “acabar con la pobreza en todas sus formas, en todas partes”. Posiblemente este sería uno de los ODS que podrían

lograrse mediante la expansión de la contratación de cooperativas o asociaciones de bajos ingresos para la recolección selectiva a través de la exención de licitación. No es ningún secreto que las personas con mayor vulnerabilidad social tienden a buscar medios de vida que no son los más saludables, como buscar apoyo en vertederos que todavía existen en contextos locales de Brasil. Parte de esta vulnerabilidad asigna a estos ciudadanos a la pobreza extrema, caracterizada por la ONU porque vive con menos de \$ 1.25 por día (ONU, 2015). E incluso si no viven dentro de este límite, la vulnerabilidad es innegable, por lo que pueden colocarse en el rango de pobreza. Y para ellos, el documento que establece los objetivos y metas del desarrollo sostenible es muy claro en el punto 1.4 que establece que para 2030:

*Asegurar que hombres y mujeres, especialmente los pobres y vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos, así como a los servicios básicos, la propiedad y el control sobre la tierra y otras formas de propiedad, herencia, recursos naturales, nuevas tecnologías apropiadas y servicios financieros, incluidas microfinanzas*²⁵

Terminar con el hambre es el segundo objetivo, que incluye lograr la seguridad alimentaria y mejorar la nutrición y promover la agricultura sostenible. Aunque parte de la meta discute la producción de alimentos de manera segura, existen metas relacionadas con garantizar el acceso para todos, “particularmente los pobres y las personas en situaciones vulnerables”²⁶, que puede que sea el caso de las personas de bajos ingresos que mencionamos aquí. Por esta razón, el objetivo dos también podría considerarse como alcanzado por esta práctica.

El tercer ODS se refiere a la promoción de una vida sana y un bienestar para todos. Si bien los objetivos a este respecto son bastante amplios, incluidas medidas sobre enfermedades graves y mortalidad materna, destacamos aquí los objetivos que están más estrechamente relacionados con la consolidación de cooperativas o asociaciones de recolección selectiva con personas de bajos ingresos, estable-

25. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 25 set. 2015. Disponible <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acceso: 14/10/2019.

26. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 25 set. 2015. Disponible <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acceso: 14/10/2019.

ciendo la relación de que el aumento de los ingresos y el acceso a la reducción de la pobreza podría en sí mismo garantizar un mejor acceso a la salud o acceso a ella.

Además, aspectos subjetivos como la autoestima por tener una cierta estabilidad o empleo pueden permitir una mejora en datos como el consumo de alcohol y drogas y la generación de bienestar. También se puede conjeturar que la estructura del espacio de separación de desechos reciclables será menos insalubre que los vertederos donde muchas personas de bajos ingresos en la actualidad buscan ganarse la vida. Sin embargo, es importante resaltar que para estar vinculado a este objetivo, es necesario proporcionar medios para una infraestructura adecuada, evitando la precariedad y la sobrecarga de trabajo, como los retratados por Coelho *et al.*²⁷.

El cuarto ODS se relaciona con la educación. Aunque el ODS está pensado de manera amplia y general, el problema educativo puede abordarse, en particular, alentando a las cooperativas de recolección selectiva. Esto se debe a que la ley 5.764/1971, que establece la política nacional de cooperativismo, establece el FATES (Fondo de Asistencia Técnica Educativa y Social), que debe consistir en al menos el 5% de las sobras netas verificadas en el año, para incluir asistencia a los miembros y sus familiares. Con estos antecedentes, es posible que la gestión de la propia cooperativa, que es autogestionada, pueda contemplar procesos educativos.

Otro objetivo que podría lograrse parcialmente mediante la exención de licitación que promovería las cooperativas y las asociaciones de cobro selectivo sería el quinto ODS, siempre y cuando haya un compromiso femenino en estas organizaciones colectivas. Coelho *et al.*²⁸, por ejemplo, retrataron cómo se percibe la salud de las mujeres recicladoras en una realidad en Rio Grande do Sul, donde, además de desarrollar la actividad laboral, deben coincidir con los viajes relacionados con la vida doméstica. Si bien los aspectos culturales conservadores aún vinculan ciertas actividades domésticas a las mujeres, lo que eventualmente genera sobrecarga y agotamiento, la actividad laboral puede garantizar los medios de vida, una mayor autoestima y el empoderamiento de las mujeres.

27. COELHO, A. P. F. et al. "Mulheres catadoras de materiais recicláveis: condições de vida, trabalho e saúde", Revista Gaúcha de Enfermagem, v. 37, n. 3, p.1-8, set. 2016.

28. COELHO, A. P. F. et al. "Mulheres catadoras de materiais recicláveis: condições de vida, trabalho e saúde", Revista Gaúcha de Enfermagem, v. 37, n. 3, p.1-8, set. 2016.

El ODS 8 es el otro punto relevante en este análisis “Promover el crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos²⁹”. Quizás este objetivo, especialmente en el cumplimiento de la meta 8.3, sea uno de los más estrechamente vinculados a este análisis. La creación de cooperativas y/o asociaciones que asegurarán el empleo para que las personas puedan recolectar, seleccionar, clasificar, vender o beneficiarse de los desechos reciclables se alía con el propósito de mejorar la “generación de empleo decente” y actividades empresariales, en particular fomentando la formalización de pequeñas empresas que, incluso si no se expresan en el objetivo, podrían incluir organizaciones colectivas como cooperativas y asociaciones.

En relación con el ODS 9, el análisis sería favorable en el sentido de pequeña industrialización. La recolección selectiva se considera operacionalmente un servicio. Sin embargo, si después de la recolección y separación de los desechos reciclables existe la infraestructura para procesar cualquiera de los materiales, podría funcionar con el potencial para lograr este objetivo. Existen experiencias de asociaciones de recicladores que trabajan con actividades de procesamiento artesanal a pequeña escala para tratar de obtener un mayor valor agregado en comparación con la venta de desechos por kilogramo a las compañías de procesamiento. No parece ser el objetivo principal de los objetivos del ODS 9, pero dicho marco podría “promover una industrialización inclusiva y sostenible”.

“Para 2030, el empoderamiento y la promoción de la inclusión social, económica y política de todos³⁰ es lo que establece el objetivo 10.2 que permite que la exención de licitación aquí discutida tenga un impacto en ODS 10.

El ODS 11 está cubierto en gran medida por el objeto de análisis. No solo por las consecuencias que pueden proyectarse para mejorar el bienestar y el bienestar en las ciudades y/o asentamientos de las personas de bajos ingresos que conformarán las cooperativas y asociaciones, sino también por contemplar la reducción de los impactos negativos en las ciudades, particularmente en la gestión de residuos municipales. Este tipo de gestión no solo debe abordar los impactos ambientales de la recolección convencional (residuos) y selectiva (reciclable), así

29. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 25 set. 2015. Disponible <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acceso: 14/10/2019.

30. ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 25 set. 2015. Disponible <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acceso: 14/10/2019.

como los impactos, formas y espacios (urbanos o rurales) de la eliminación de dichos residuos. Por lo tanto, al expandir las iniciativas de recolección selectiva de desechos, al simplificar la forma de “compra sostenible” por parte de las autoridades públicas, habría elementos auxiliares para operar mejor la gestión de desechos municipales.

“Reducir sustancialmente la generación de residuos a través de la prevención, reducción, reciclaje y reutilización” es otro objetivo estrechamente relacionado con esta propuesta. Se estima que, como consecuencia de la percepción de una provisión efectiva de recolección selectiva, la comunidad tiende a buscar una mejor orientación y a separar con mayor precisión e incluso reducir el desperdicio doméstico.

Los impactos de esta propuesta en los ODS 13, 14 y 15 se discutirán juntos, ya que son consecuencias indirectas de la contaminación generada hoy por el mal manejo de los desechos. La eliminación incorrecta e incontrolada de los desechos genera desechos sólidos, líquidos, gaseosos y a menudo tóxicos que, a través de un proceso natural, contaminan suelos, ríos, océanos, impactos en el clima y la forma en que vivimos y vivimos con el ecosistema. Por lo tanto, una mejor gestión de los desechos puede reflejar indirectamente cómo se comportan de manera reactiva el clima, el agua y la biodiversidad.

Finalmente, se observó que los objetivos de desarrollo sostenible 6, 7, 16 y 17 no tendrían un impacto directo en la exención de licitación para la contratación selectiva de cobro, incluso si estimulara las organizaciones colectivas formadas por personas de bajos ingresos. Sin embargo, los 13 objetivos restantes podrían abordarse parcialmente con esta acción, que explica un mayor vínculo entre la exención de licitación para la recolección selectiva por parte de socios cooperativos de bajos ingresos y asociados con la sostenibilidad. Pero, ¿qué tan desafiante es hacer todo esto?

5. La exención de licitación para la contratación selectiva de recolección de residuos para cooperativas y asociaciones de bajos ingresos. Desafíos institucionales

Como se puede ver de lo anterior, en el campo normativo, tanto a la luz del escenario internacional y nacional como regional, se puede afirmar la viabilidad de contratar directamente cooperativas y asociaciones formadas por personas de

bajos ingresos para la recolección selectiva de residuos en Brasil. Sin embargo, en el campo práctico, todavía existe una gran resistencia a la implementación de estándares de sostenibilidad en la contratación pública en general, desde situaciones más simples como la compra de papel hasta la compra de insumos y materiales de computadora, con una gran aplicación técnica en la descripción de los artículos de la oferta.

En el caso de la recolección selectiva por exención de licitación con cooperativas o personas de bajos ingresos asociadas, después de una búsqueda razonable, hubo una dificultad relativa para encontrar trabajo específico en esta herramienta para promover el desarrollo sostenible. Esto, sin embargo, no significa que no exista, sino que el tema todavía está poco trabajado. Por cierto, incluso hay investigaciones sobre otras posibilidades de contratación directa, como es el caso de los artículos VI, XIII, XX, XXX, XXXIII del artículo 24 de la Ley 8.666/93.

En este diapasón, vale la pena mencionar, hay muchas barreras que se interponen en el proceso de cumplir con los compromisos asumidos por la República Federativa de Brasil, tanto por su desempeño internacional y regional, como por la patria normativa con respecto a la CPS.

Estratégicamente, estas barreras se pueden dividir en las siguientes categorías:

Políticas

El proceso de política pública generalmente está rodeado de aspectos meta-legales, como disputas de partidos, cabildeo de la industria, intereses de clase y conveniencias electorales que impregnan la toma de decisiones parlamentarias, como escribió Coradini³¹. Esto no significa necesariamente que las decisiones en la agenda de políticas públicas estén completamente dissociadas del bien común. La dificultad es hacer coincidir los aspectos típicos de la arena política con el desarrollo social, económico y sostenible.

En este sentido, incluso existen impedimentos particulares que surgen del mero capricho del administrador público que tiene la última palabra sobre la formulación o implementación de una política. Llega hasta el punto de “hacerlo mejor que los predecesores”, y a menudo deja de continuar las políticas que puede haberse desarrollado/implementado en otros pasos, incluso exitosos, en un círculo vicioso de deshacer para volver a hacerlo.

31. CORADINI, O. L. “Em nome de quem? Recursos sociais no recrutamento de elites políticas”, Rio de Janeiro, Editora Relume Dumara, 2001.

Por otro lado, incluso si ha entrado en la agenda de la política de desarrollo sostenible, la recolección selectiva a través de la renuncia a la contratación de cooperativas y asociaciones compuestas por personas de bajos ingresos enfrenta grandes desafíos en el campo de la implementación, debido, por ejemplo, a la ferocidad disputando la adjudicación de una oferta de recolección de residuos en los municipios. Es que, en general, los contratos valiosos son la recolección de residuos, comidas escolares, entre otros grandes servicios.

Por lo tanto, admitir la contratación directa de estos objetos con entidades sin fines de lucro, incluso con fuertes ganancias sociales y ambientales, es ir en contra de una ola de poder político-económico muy fuerte, que a menudo pone en peligro la permanencia de los propios gerentes públicos en el poder. La relación entre los representantes en el sistema político brasileño y la comunidad empresarial en general es muy sensible, y es empírico que cuando los intereses corporativos están en juego, el análisis técnico tiende a dar lugar a posiciones políticas.

Problemas estructurales / organizacionales

En el campo estructural, varias otras dificultades son importantes en el proceso de formular o incluso implementar una política local para la recolección selectiva de desechos por parte de miembros de cooperativas de bajos ingresos a través de la exención de licitación. Entre muchos, uno de los más importantes es la falta crónica y genérica de capacidad de los municipios en la gestión de las políticas públicas. En este sentido, es importante el discurso de Abrucio³², que señala que, con la elevación de los municipios a la categoría de entidad federativa, mucho ha cambiado, ya que la prestación de diversos servicios se ha convertido en responsabilidad del gobierno local, incluso sin el “know-how” deberían tener que hacerlo.

Esta falta de experiencia de los administradores municipales, junto con los aspectos ya mencionados del orden político, económico y social, favorece la falta de interés en la implementación de una política como se propone en este documento. Además, no solo los problemas internos del municipio, los aspectos de control externo están interesados en la discusión, tanto por parte del poder judicial como promovidos por los Tribunales de Cuentas y otros organismos. A nivel federal, por ejemplo, existe una gran supervisión y, por qué no decirlo, el rigor

32. ABRUCIO, F. L. “Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira”, São Paulo, Hucitec, 1998.

con el que se tratan las representaciones de renuncia a licitación, imaginando, en la imaginación del gerente, una aventura legal para patrocinar dicho proyecto.

Incluso si el gerente ha superado todas las dificultades abordadas hasta ahora, el desafío sigue siendo conciliar el desarrollo sostenible con la búsqueda de la propuesta más ventajosa y, lo que es más difícil, hacerlo sin perjuicio de la igualdad. En este sentido, debe decirse que, en compañía de la discreción de renunciar a la licitación del servicio de recolección selectiva por parte de cooperativas o asociaciones de personas de bajos ingresos, existe la vigilancia constitucional para hacerlo con respeto a la igualdad.

La igualdad, en este caso, se cumpliría, como lo establece la Ley 8.666/93, en su aspecto material, como una discriminación o acción afirmativa, para promover la reducción del nivel de pobreza de las familias vulnerables a la ocupación, a través del cooperativismo o asociativismo en la recolección, tratamiento y comercialización de residuos sólidos contratados localmente a través de la exención de licitación, así como los otros supuestos ya discutidos en este artículo.

Además de estos problemas de organización ambiental, vale la pena señalar que los aspectos relacionados con el proceso de toma de decisiones dentro del contexto de las organizaciones colectivas también merecen destacarse. Aunque no son exclusivas de la exención de licitación, tales notas pueden ser relevantes en términos de la efectividad y rapidez del proceso de toma de decisiones. En este sentido, Sousa³³ aborda aspectos del funcionamiento de las cooperativas que, según el autor, deben operar en un régimen democrático, de modo que cada miembro tenga el mismo poder de decisión: un miembro, un voto.

El problema, según Sousa³⁴, es que, a pesar de la carga de la autogestión en estas entidades, la democracia y la transparencia, en muchos casos, constituyen una barrera para la eficiencia, porque requiere burocracia y un tiempo de discusión y debate para toma de decisiones.

Estos serían, entre muchos otros, algunos de los desafíos para la implementación de una política que armonice la recolección selectiva por cooperativa mediante la contratación directa a través de la exención de licitación y desarrollo sostenible a nivel municipal, según lo dispuesto en el artículo 24, punto XXVII, de la Ley 8.666/1993.

33. SOUSA, L. P. "Cooperativismo: conceitos e desafios à implantação da economia solidária", *Vitrine da Conjuntura*, Curitiba, v.2, n. 2, abril 2009.

34. SOUSA, L. P. "Cooperativismo: conceitos e desafios à implantação da economia solidária", *Vitrine da Conjuntura*, Curitiba, v.2, n. 2, abril 2009.

Económico

Superando estos problemas esencialmente políticos, aparecen impedimentos económicos, y hay oposición a la adopción de estrategias sostenibles debido al costo financiero que representan. A menudo, la relación costo-beneficio ni siquiera se pesa en el transcurso del tiempo en que se contrataría la compra de bienes o servicios. Existe una especie de temor/resistencia a unirse a lo sostenible también por parte de los propios proveedores, considerando el aumento en los costos de producción y la baja tasa de rendimiento del capital empleado. Uno llega a la idea económica de externalidad negativa cuando se trata de compras públicas sostenibles desde el punto de vista del proveedor.

Interesante a este respecto es el comentario de Ribeiro y Júnio³⁵, quienes advierten que muchas innovaciones asociadas con fuertes necesidades o demandas sociales tienen una baja tasa de retorno privado. A este respecto, Keynes (1936) citado en Ribeiro y Júnio³⁶ afirmó que la tasa de rendimiento privada o la tasa de rendimiento interna (TIR), cuando se compara con el costo de oportunidad del capital, indica que los flujos de efectivo de un proyecto serán suficientes para remunerar las inversiones realizadas.

En Brasil, la promoción de la recolección selectiva de residuos implica grandes inversiones. Según los datos de CEMPRE, el costo promedio de la recolección selectiva en las ciudades encuestadas fue de US\$ 102,49 (o R\$ 389,46) por tonelada. Este costo promedio, comparado con el monto promedio de recaudación de US\$ 25, es notablemente frágil y poco interesante desde el punto de vista estrictamente financiero. El resultado de esta cuenta es que el costo de la recolección selectiva sigue siendo 4.10 veces mayor que el costo de la recolección convencional.

En este contexto, Korkmaz³⁷ (2010) presenta algunas barreras para la implementación de compras sostenibles, menciona el hábito y la dificultad de cambiar el comportamiento de compra y la percepción de que el proceso y los resultados son más caros y requieren mucho tiempo. Esto, en cierto modo, parece ser la realidad brasileña, donde existe tanto el alto costo de implementar la recolección

35. RIBEIRO, C.; JÚNIO, E. I. "Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro", Caderno Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014.

36. RIBEIRO, C.; JÚNIO, E. I. "Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro", Caderno Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014.

37. KORKMAZ, A. "Benefits and obstacles of environmental, social and sustainable procurement" Seul, IPPC4, 2010. Disponible en: www.ippr.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-2.pdf acceso 14/10/2019.

selectiva en relación con la recolección convencional como la dificultad de equiparar este nivel de inversión con el tiempo de retorno de los resultados.

Sin embargo, vale la pena considerar que la recolección selectiva no elimina la necesidad de la recolección convencional de desechos. La implementación de la recolección selectiva a priori es solo un costo adicional, ya que es una actividad adicional, hasta que los efectos de la recolección selectiva puedan mitigar los desechos comunes producidos, a fin de reducir/acelerar la operación de recolección convencional, convirtiéndose en generar ahorros de costos en esto.

Además, el artículo 42 del PNRS establece la posibilidad de líneas de crédito y crédito para alentar “III- implementación de infraestructura física y adquisición de equipos para cooperativas u otras formas de asociación de recolectores de materiales reutilizables y reciclables formados por personas de bajos ingresos”. El artículo 44 de la misma ley también puede recordarse por contemplar la posibilidad de que las normas se diseñen para permitir incentivos en proyectos que involucren asociaciones con cooperativas y otros tipos de asociación, trayendo así un argumento en contra de las limitaciones económicas / financieras discutidas aquí.

Sociales

Aunque no es evidente, la implementación de una política de contratación directa para la recolección selectiva de residuos por parte de las personas pobres también enfrenta dificultades sociales. Por ejemplo, la baja educación formal que acompaña a la mayoría de la población vulnerable, combinada con el formalismo/barreras burocráticas típicas de la Administración Pública brasileña, crea un terreno fértil para la resistencia de los trabajadores a formalizarse como cooperativa o asociada.

A diferencia de otros países, crear una cooperativa o incluso una asociación en Brasil no es la tarea más simple, lo que también aumenta el nivel de dependencia de la acción del gerente público en la implementación de esta política. Es como si hubiera un “miedo a la formalidad” por parte de la administración, dado el aparato burocrático brasileño.

Hablando sobre cooperativismo, Sousa³⁸ informa que, en Brasil, este tipo de empresa gana fuerza principalmente a partir de la década de 1990, en un escenario de pesimismo sobre el futuro de las relaciones laborales. No es sorpren-

38. SOUSA, L. P. “Cooperativismo: conceitos e desafios à implantação da economia solidária”, *Vitrine da Conjuntura*, Curitiba, v.2, n. 2, abril 2009.

dente que en 2017 hubo un cambio profundo en los derechos laborales con la reforma producida por la Ley Federal 13.467. Esta regulación introdujo cambios severos en la relación laboral, como el contrato de trabajo intermitente y la supresión de algunos fondos para ciertas situaciones.

Quizás, a través de la repetición del marco social que ocurrió en la década de 1990, podría revivir el interés en el asociativismo como modelo productivo para las personas que querían alcanzar una posición mínimamente equilibrada en el sistema económico. Sin embargo, esta viabilidad aparente también se encuentra con obstáculos históricos, como la falta de educación ya mencionada de muchos involucrados en la recolección de residuos, la burocracia para formalizar la entidad y, no menos importante, aspectos del proceso de toma de decisiones en la autogestión.

A este conjunto de factores contrarios a la implementación de la recolección selectiva a través de la exención de licitación por personas hiposuficientes asociadas o cooperativas se agrega el apego a mecanismos arcaicos como la recolección de materiales reciclables y alimentos en las calles o en vertederos abiertos. Por extraño que parezca, algunos de estos recolectores prefieren trabajar de forma autónoma en los vertederos en lugar de crear vínculos que restrinjan su libertad.

Las restricciones posiblemente impuestas a los recolectores no solo estarían relacionadas con el control de las actividades y los beneficios que podrían obtenerse, lo que ciertamente ocurriría. Es que detrás de las montañas de desechos, además del apoyo de varias familias, se esconde el trabajo infantil, condiciones impensables de limpieza y exposición a enfermedades graves. Todos estos problemas, rodeados por los “muros sociales” del basurero, parecen pasar desapercibidos a los ojos del Estado, por lo que de alguna manera puede parecer mejor para aquellos que se han acostumbrado a esta realidad.

La resistencia a la regularización de esta forma de trabajo fue incluso el objeto del trabajo desarrollado por Gondim³⁹, al estudiar la percepción de los jefes de hogar sobre el trabajo infantil en el vertedero Pedregal, en Aracati, Ceará, Brasil. La conclusión de las entrevistas de la autora fue que los padres consideran que la recogida de basuras es un mejor trabajo que el empleo formal, tanto en términos de margen de beneficio como de independencia. Con respecto al trabajo infantil, algunos entienden que llevar a los niños al basurero es pedagógico y evita involucrarse con las drogas y el crimen.

39. GONDIM, L. P. de B. “O trabalho infantil e o lixo: a legislação e a realidade. A visão das famílias catadoras do Pedregal – Aracati”, Monografía (Graduação) Faculdade do Vale do Jaguaribe – FVJ. Aracati, 2016.

En vista de esto, uno puede ver el carácter desafiante tanto de la formulación como de la implementación de una política de compra sostenible que busca desarrollar aspectos de ingresos para personas de bajos ingresos y mejoras en la preservación del medio ambiente. Así, si en el campo de la formulación existen obstáculos políticos, intereses corporativos, etc., en el campo social, existe la resistencia de aquellos que “se acostumbraron al sufrimiento”, apegados, como se ejemplificó anteriormente, a la rutina de los vertederos.

Consideraciones finales

La contratación directa a través de la exención de la licitación para la recolección selectiva de residuos por parte de los miembros / asociados de la cooperativa, además de ser considerada por la Política Nacional de Residuos Sólidos como un instrumento para promover el desarrollo sostenible, es una forma viable de reducir los problemas sociales. La pobreza extrema, el trabajo infantil y el trabajo familiar en la recolección de basura, por ejemplo, tendrán una reducción en la incidencia al adoptar este modelo localmente y, por supuesto, las ganancias en la preservación del medio ambiente.

Al analizar los objetivos del desarrollo sostenible en relación con la exención de licitación para contratar asociaciones o cooperativas con personas de bajos ingresos, se dio cuenta de que 13 de los 17 ODS en la Agenda 2030 podrían contemplarse o debatirse parcialmente desde la contratación directa y incentivo consecuente para que las organizaciones colectivas tengan lugar, lo que conduciría a una mejora en la calidad de vida de estas personas hiposuficientes involucradas.

Sin embargo, a pesar de sus ventajas obvias, la implementación de una política de compra local sostenible en Brasil tiene varios obstáculos. En este escenario, se destacan los aspectos políticos, estructurales/organizativos, económicos y sociales. En vista de todo lo anterior, y del potencial innegable que tiene el Estado consumidor, es necesario ampliar la visión en la gestión pública a aspectos de sostenibilidad en las acciones de la administración pública, como lo han hecho las llamadas naciones pioneras en compra pública sostenible. En Brasil, el camino ya está, en cierta medida, abierto, apuntando a mecanismos que integran los esfuerzos combinados de la sociedad y el propio Estado, a fin de honrar las políticas públicas que, de alguna manera, contribuyen a la preservación del medio ambiente y reducen el sufrimiento de la población hiposuficiente en ciudades brasileñas.

Bibliografía

- ABRS: Associação Brasileira de Resíduos Sólidos e Limpeza Pública
http://www.ablp.org.br/pdf/Guia_PNRS_11_alterado.pdf aceso en 17/12/19
- ABRUCIO, F.L.: “Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira”, São Paulo, Hucitec, 1998.
- ADJEI, A.B.: “Sustainable public procurement: a new approach to good governance”, Seul, IPPC4, 2010. Disponível em:
<http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-10.pdf>.
Aceso: 21/09/2019.
- CAVALCANTI, D., OLIVEIRA, G., D’AVIGNON, A., SCHNEIDER, H. & TABOULCHANAS, K.: “Compras públicas sustentáveis: Diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro”, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL y Ministério do Meio Ambiente, Brasil, 2017.
- COELHO, A.P. F. et al.: “Mulheres catadoras de materiais recicláveis: condições de vida, trabalho e saúde”, Revista Gaúcha de Enfermagem, v. 37, n. 3, p.1-8, set. 2016.
- CORADINI, O.L.: “Em nome de quem? Recursos sociais no recrutamento de elites políticas”, Rio de Janeiro, Editora Relume Dumara, 2001.
- FERREIRA, D., GIUSTI, A.F.C.O.: “A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável”, A&C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 177-193, abr/jun, 2012
- GÓNGORA, J.C.: “Beneficios y costos de políticas públicas ambientales en la gestión de residuos sólidos: Chile y países seleccionados”, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL - SEIRE Medio ambiente y desarrollo, Nações Unidas, 2003.
- KORKMAZ, A.: “Benefits and obstacles of environmental, social and sustainable procurement” Seul, IPPC4, 2010. Disponible en:
<http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-2.pdf>
aceso 14/10/2019.
- MAZZA, A.: “Manual de direito administrativo”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

- MOHAN, V.: “Public procurement for sustainable development”, Seul, IPPC4, 2010. Disponible en: <http://www.ipppa.org/IPPC4/Proceedings/07GreenProcurement/Paper7-11.pdf>. Acceso: 11/10/2019.
- ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova Iorque, 25 set. 2015. Disponible <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenv-sust/Agenda2030-completo-site.pdf>. Acceso: 14/10/2019.
- RIBEIRO, C. & JÚNIO, E.I.: “Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro”, Caderno Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014.
- SANTIN, J.R., PEDRINI, M. & COMIRAN, R.: “A política nacional dos resíduos sólidos e os municípios brasileiros: desafios e possibilidades”, Revista de Direito da Cidade, v. 9, n. 2, p.556-581, 2017, Universidade de Estado do Rio de Janeiro.
- SANTOS, M.T.L.F. dos.: “Compatibilização ou preponderância de valores na aplicação da sustentabilidade”, Revista Jurídica da UFERSA, Mossoró, v. 1, n. 1, p.144-164, jan./jul. 2017
- SCHNEIDER, H.: “Experiências internacionais em contratações públicas sustentáveis: Coreia do Sul, Estados Unidos, Japão e Suécia”, Divisão de Desenvolvimento Sustentável e Assentamentos Humanos da CEPAL, Santiago de Chile, Organização das Nações Unidas, 2015.
- SOUSA, L.P.: “Cooperativismo: conceitos e desafios à implantação da economia solidária”, Vitrine da Conjuntura, Curitiba, v.2, n. 2, abril 2009.
- SEBRAE: “Temas em debate I: As micro e pequenas empresas e as compras governamentais”, São Paulo, 2004, disponible en: http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/compras_governamentais.pdf acceso en 07/10/2019.
- SOUZA, M.T.S. de, OLIVERO, S.M.: “Compras Públicas Sustentáveis: um Estudo da Incorporação de Critérios Socioambientais nas Licitações do Governo do Estado de São Paulo”, En ANPAD - XXXIV Encontro da ANPAD, Rio de Janeiro, 2010.
- SQUEFF, F. de H.S.: “O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso Brasileiro”, Brasília, IPEA, 2014.
- VALENTE, M.A.L.: “Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública”, Câmara dos Deputados, Estudo, março de 2011.
- WCED: “Report of the World Commission on Environment and Development: Our common future”, Oslo, United Nations, 1987.

OTROS ARTÍCULOS

Encarnación García Ruiz

Las sociedades cooperativas agroalimentarias ante la aplicación de las normas de competencia

Carolina Sanchis Crespo

La mediación, nuevo instrumento para el consenso al alcance de las cooperativas valencianas

LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS AGROALIMENTARIAS ANTE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Encarnación García Ruiz

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería

RESUMEN

Las sociedades cooperativas agroalimentarias están sometidas a las normas de competencia, tanto nacionales como europeas. Los expertos advierten que éste es uno de los retos a los que deben de enfrentarse estas sociedades a la hora de competir en el mercado. Sin embargo, hay pocos estudios doctrinales sobre qué implicaciones supone, para el sector cooperativo agroalimentario, estar sometido a un control cada vez más estricto por parte de las autoridades de competencia. Nuestro propósito es estudiar cómo se aplican las normas de competencia a este sector, así como mostrar la dificultad que presenta establecer los límites de compatibilidad entre los dos conjuntos normativos: el que regula al sector agroalimentario y el que regula al sector de la competencia. Muestra de ello son los cambios que se han ido produciendo en los criterios de política jurídica en cuanto a la interpretación convencional del Derecho de la competencia aplicado al sector agroalimentario.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas agroalimentarias, derecho de la competencia, integración, formas asociativas, control de las concentraciones económicas, prácticas anticompetitivas.

CLAVES ECONLIT: K20, L23, P13, P32, Q13.

THE AGRI-FOOD COOPERATIVES BEFORE THE APPLICATION OF COMPETITION LEGISLATION

EXPANDED ABSTRACT

It is a fact that cooperatives «play an essential role in the economy by combining profitability with solidarity, creating quality jobs, reforming social, economic and regional cohesion and generating social capital¹». But it is also true that the productive agri-food sector is organised in a very high percentage in a very atomised way² that requires national and European protection standards that minimise the asymmetry between the productive sector and the distributive sector mainly. It is not surprising that all public and private, national and European institutions recommend that agrifood companies adopt different associative formulas that allow them to grow in size in order to improve the concentration and organisation of supply, so as to be able to face the challenges demanded of internationalisation, competitiveness and innovation. This means that they are exposed to the application of national as well as European competition rules as any other society. An issue that has been discussed by some doctrinal sectors in favour or against the fact that the agrifood sector is subject to competition rules. Since, on the one hand, these companies are required to seek formulas for integration and concentration, allowing them to grow in size and meet the pending challenges of internationalization, competitiveness and innovation that are demanded of them. Proof of this are the different associative figures provided in the legislation, such as, for example, the Priority Associative Entities, included in Act 13/2013, of 2 August, on the promotion of the integration of cooperatives and other associative entities of an agri-food nature. This law is intended to promote the competitiveness, modernization and internationalization of these associative entities. On the other hand, the competition rules apply to them with all their rigour.

This has been our purpose, to study how the competition rules have been applied to this sector and to compare how the control that the competition authorities can carry out on them affects the integration and restructuring of these companies, as well as to show the difficulty involved in establishing the limits of compatibility between the two sets of rules that sometimes seem irreconcilable, the one that regulates the agrifood sector

1. European Parliament. *Report on the contribution of cooperatives to overcoming the crisis* (2012/2321 (INI))

2. 93.6% of the sector are family farms, according to the 2013 Agricultural Survey. At CES, 2018 *Report on the rural environment and its social and territorial structuring*.

and the one that regulates the competition sector. This difficult interrelationship has led to some changes in legal policy criteria in terms of conventional interpretations of competition law applied to the sector, which we will address in the following pages. As well as the need to enact rules that seek to minimise market imbalances between suppliers and buyers, such as Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain.

To this end, we have carried out a theoretical and practical study of the anticompetitive practices in which agro-food cooperative societies have been involved, on the one hand, economic concentrations and, on the other hand, unfair practices. Thus, in the following section, we record the complexity of the agri-food sector due to its specificity, which distances it from other cooperative sectors and makes it more sensitive to the requirements of competition rules; for the third section, to undertake a study of the economic concentrations of these cooperative societies from the perspective of competition rules, placing "emphasis" on the conceptual difference between what the cooperative sector understands by concentration and the economic concentrations themselves provided in the competition rules; to continue in the fourth section with the practical study of an economic concentration file of one of the most relevant sectors of our agri-food industry, that is, the oil sector. In the following section we deal with unfair practices, where we leave a record of the multiple sanctioning proceedings that the sector has suffered due to the lack of clear harmonisation between both regulatory sectors. In the last section, we conclude with our proposed objective, which was to ascertain the impact of competition rules on the cooperative agri-food sector.

In short, the agrifood sector lacks clarification of the specific derogations established by the Common Organisation of Agricultural Markets, so that associations of producers organised mainly in agricultural cooperative societies know what actions they can take without infringing competition rules. There is no uniform criterion for the application of the competition rules in this sector and their application is characterised by excessive casuistry which creates a significant degree of uncertainty, not only for economic operators but also for public administrations. Without ignoring the efforts made by all the authorities involved, it would be useful to further clarify how and to whom the competition rules apply in order to improve the efficiency and competitiveness of the agrifood sector.

KEY WORDS: Agri-food cooperatives, competition law, integration, associative forms, control of economic concentrations, anticompetitive practices.

SUMARIO³

1. Introducción. 2. Breve referencia a la complejidad del sector agroalimentario y las normas de competencia. 3. Las concentraciones económicas en las sociedades cooperativas agroalimentarias desde la perspectiva de las normas de competencia. 4. Estudio del expediente de concentración económica de “Deoleo, SA” y “Hojiblanca SCA” 5. Las sociedades cooperativas agroalimentarias y las prácticas anticompetitivas. 6. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

Es un hecho constatado que las sociedades cooperativas «desempeñan un papel esencial en la economía al combinar la rentabilidad con la solidaridad, crear puestos de trabajo de calidad, reformar la cohesión social, económica y regional y generar capital social»⁴ Pero también lo es que el sector agroalimentario productivo se organiza en un porcentaje muy elevado de forma muy atomizada⁵ que necesita de normas de protección, nacionales y europeas, que minimicen la asimetría que se presenta entre el sector productivo y el sector distributivo principalmente. No es de extrañar que, desde todas las instituciones públicas y privadas, nacionales y europeas, recomienden a las sociedades agroalimentarias que adopten distintas fórmulas asociativas, que les permitan crecer en tamaño para mejorar la concentración y ordenación de la oferta, a fin de poder enfrentarse a los retos que se le demandan de internacionalización, competitividad e innovación. Esto conlleva que quedan expuestas a la aplicación de las normas de competencia tanto nacionales como europeas como cualquier otra sociedad. Cuestión que ha sido discutida por algunos sectores doctrinales posicionándose a favor o en contra de

3. Este artículo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía “Retos y oportunidades en la concentración e integración de empresas agroalimentarias” (P12-SEJ-2555).

4. Parlamento Europeo. Informe sobre la contribución de las cooperativas a la salida de la crisis (2012/2321(INI)).

5. Un 93,6% del sector son explotaciones agrarias familiares, según la Encuesta Agraria de 2013. En CES, Informe 2018 sobre el medio rural y su vertebración social y territorial.

que el sector agroalimentario esté sometido a las normas de competencia. Ya que, por un lado, se les exige a estas empresas que busquen fórmulas de integración y concentración, que les permitan crecer en tamaño y acometer los retos pendientes referidos anteriormente. Muestra de ello son las distintas figuras asociativas previstas en la legislación como, por ejemplo, las Entidades Asociativas Prioritarias, previstas en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario⁶. Esta ley está destinada a favorecer la competitividad, modernización e internacionalización de estas entidades asociativas. Pero, por otro lado, se les aplica con todo su rigor las normas de competencia.

Este ha sido nuestro propósito, estudiar cómo se han venido aplicando las normas de competencia a este sector y cotejar cómo afecta a la integración y reestructuración de estas sociedades el control que pueden realizar las autoridades de competencia sobre ellas, así como mostrar la dificultad que implica establecer los límites de compatibilidad entre los dos conjuntos normativos que en ocasiones parecen irreconciliables, el que regula al sector agroalimentario y el que regula al sector de la competencia. Esa difícil interrelación ha dado lugar a que se hayan ido produciendo algunos cambios en los criterios de política jurídica en cuanto a las interpretaciones convencionales del Derecho de la competencia aplicado al sector que acometeremos en las páginas siguientes. Así como también a la necesidad de promulgar normas que traten de minimizar los desequilibrios del mercado entre proveedores y compradores como, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario⁷.

Para ello, hemos realizado un estudio, teórico y práctico, de las prácticas anti-competenciales en que se han visto implicadas las sociedades cooperativas agroalimentarias, de una parte, las concentraciones económicas y, de otra parte, las prácticas desleales. Así en el siguiente apartado, dejamos constancia de la complejidad que presenta el sector agroalimentario debido a su especificidad que lo aleja de otros sectores cooperativos y lo hacen más sensible a las exigencias de las normas de competencia, para a continuación, en el tercer epígrafe realizar un estudio de las concentraciones económicas de estas sociedades cooperativas desde

6. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-8555-consolidado.pdf>.

7. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-80665>.

la perspectiva de las normas de competencia haciendo «hincapié» en la diferencia conceptual entre lo que entiende el sector cooperativo por concentración y las concentraciones económicas propiamente dichas de las normas de competencia, para seguir en el cuarto epígrafe con el estudio práctico de un expediente de concentración económica de uno de los sectores más relevantes de nuestra industria agroalimentaria, el del aceite. En el epígrafe siguiente abordamos ya las prácticas desleales, donde dejamos constancia de los múltiples expedientes sancionadores que ha sufrido el sector por no existir una clara armonización entre ambos sectores normativos. En el último epígrafe concluimos con nuestro objetivo propuesto inicialmente, como era constatar la incidencia que tienen las normas de competencia en el sector cooperativo agroalimentario.

2. Breve referencia a la complejidad del sector agroalimentario y las normas de competencia

El sector agroalimentario queda sometido a las normas generales del Derecho de la competencia europeo, artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸ y a distintos Reglamentos europeos a los que nos referiremos a continuación, así como, a las normas nacionales de competencia, principalmente a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC)⁹ y al Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC)¹⁰.

No obstante, las autoridades europeas son conscientes de la interrelación que se produce entre estas normas y las propias del sector agroalimentario. Y por ello, ya el ex artículo 36 TCE, hoy artículo 42 del TFUE establecía que, «Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39.» Dichos objetivos

8. La versión consolidada del TFUE puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html?locale=es>

9. Su texto puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12946>

10. Su texto puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3646>

son los marcados por la Política Agraria Común (PAC) que buscan incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico y asegurando el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; también, garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola; estabilizar los mercados; garantizar la seguridad de los abastecimientos y asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

Aun así, no se ha conseguido alcanzar una clara y segura armonización entre la PAC y las normas de competencia, lo que ha venido creando una tensión entre éste sector, debido a sus peculiaridades, y el Derecho de competencia debido a sus exigencias.

Ello ha dado lugar a distintas posiciones doctrinales. De una parte, los defensores del sector agroalimentario abogan por excluirlo de aplicarle las normas de competencia sobre la base de su especificidad, ya que éste se caracteriza: por la vulnerabilidad de sus productos (éstos son perecederos, sus rendimientos fluctúan con rapidez, etc.), por las peculiaridades de su actividad (sujeta a estacionalidad, con una gran complejidad de los procesos de distribución, una gran heterogeneidad de los productos, etc.) y, sobre todo, por el carácter atomizado de la industria agroalimentaria (en la que sus productos son ofrecidos por un gran número de productores y demandados por pocos y grandes distribuidores)¹¹. De otra parte, los defensores de los mercados en competencia esgrimen que un sector competitivo permite una asignación de los recursos más eficientes y un mayor incremento del potencial innovador y de la productividad de las empresas lo que trae crecimiento económico y, por ende, empleo y bienestar, consiguiendo la competencia una reducción de precios y una mejora en la calidad de los productos¹². Una tercera postura más moderada defiende que el sector debe quedar sometido a las normas de competencia porque sus problemas no devienen por desarrollar su actividad económica en un mercado competitivo, aunque sí

11. Entre otros, Berasategui J.: “El Derecho de la competencia y el sector agroalimentario”, *Mediterráneo Económico*. Monográfico dedicado al papel del cooperativismo agroalimentario en la economía mundial, nº 24, 2013, pp. 301-319. En ese sentido también se pronunciaba, Bombá Díaz, I.: “Coexistencia de las políticas de competencia en el sector agroalimentario”. *Jornadas sobre competencia en el sector agroalimentario*. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural. Madrid, 2009. Disponible en: www.marm.es

12. En ese sentido los informes que emiten las autoridades nacionales de competencia. Por ejemplo, Informe sobre competencia y sector agroalimentario. Resumen ejecutivo. Puede consultarse en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185937_0.pdf. También De Guindos Talavera, B.: “Competencia y sector agroalimentario”, *Anuario de la Competencia*, nº 1, 2013, pp.231-248.

reconocen la necesidad de tener en cuenta sus dificultades a la hora de encajar la regulación del sector con las normas de competencia¹³, por lo que justifican la intervención de los poderes públicos que module las exigencias de las normas de competencia según las necesidades del sector y sus subsectores, (por ejemplo, mediante Reglamentos sectoriales comunitarios como el Reglamento (UE) N° 1184/2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas¹⁴, el Reglamento (UE) N° 1234/2007 por el que se establece una OCM única¹⁵ o los distintos Reglamentos Comunitarios de desarrollo de la Política Agraria Común (PAC), entre los que aquí interesa el Reglamento (UE) N°1308/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por dedicar su parte IV a las directrices de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a la agricultura, que ha sido modificado por el Reglamento (UE) 2017/2393 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2017)¹⁶, y la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario¹⁷.

En definitiva, no cabe duda que la regla general es que todo el sector agroalimentario está sometido al régimen general del Derecho de la competencia europeo y nacional, con las excepciones legales que se prevean según las necesidades que presenten los subsectores agroalimentarios¹⁸. Por tanto, las sociedades coopera-

13. Entre otros, Jordana Buttica de Pozas, J.: “El sector agroalimentario y el Derecho a una competencia leal”, *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria* (dir. González Castilla y Ruiz Pérez), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 157-170. También, Costas Comesaña, J. quien, en las ya citadas Jornadas sobre competencia en el sector agroalimentario, celebradas por el MARM en Madrid, 2009, apuntaba que los problemas del sector son más bien de índole contractual, derivados fundamentalmente del distinto poder negociador o contractual de las partes de la cadena y de las peculiaridades de muchos productos que generan falta de transparencia en la formación de precios, descontractualización de las relaciones comerciales, traslado abusivo de los riesgos, etc. www.marm.es

14. Versión consolidada en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-81511>

15. Puede consultarse en: <http://www.licc.org/normativas/Reg1234-2007consolidado01082009OCMunica.pdf>

16. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/doue/2017/350/L00015-00049.pdf>

17. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/doue/2019/111/L00059-00072.pdf>

18. Así lo establece expresamente, entre otras, la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, que en su artículo 7, rubricado “Defensa de la Competencia”

tivas agroalimentarias, que es la forma jurídica que nos ocupa en este estudio, estarán sometidas a los tres pilares básicos que contemplan las normas de competencia, como son, prácticas anticompetitivas, concentraciones económicas y ayudas públicas¹⁹. Nuestro objeto de estudio recae sobre las dos primeras, dejando para mejor ocasión las ayudas públicas.

Por lo expuesto es fácil deducir que el marco regulatorio no es sencillo, dado que la armonización entre las normas comunitarias y las nacionales de defensa de la competencia en el seno de la OCM que instrumenta la PAC puede crear confusión en cuanto a determinar cuándo cabe la posibilidad legal de excluir de las normas de competencias a ciertos acuerdos y comportamientos de los operadores económicos y cuando no. Sirva de ejemplo lo dispuesto en el artículo 209 o 222 del Reglamento (UE) 2017/2393²⁰.

dispone que: «El contenido de las relaciones reguladas por la presente Ley, así como la aplicabilidad de los principios rectores en la ejecución e interpretación de tales relaciones, quedará sometido a la normativa de defensa de la competencia, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa comunitaria.»

19. Las dudas quedaron definitivamente despejadas a partir de la derogación de la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963 que excluía a éste sector de la aplicación de las normas de competencia.

20. El artículo 209 queda modificado como sigue:

a) en el apartado 1, el párrafo segundo se sustituye por el texto siguiente:

«El artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de agricultores, asociaciones de agricultores o asociaciones de estas asociaciones, organizaciones de productores reconocidas al amparo del artículo 152 o del artículo 161 del presente Reglamento, o asociaciones de organizaciones de productores reconocidas al amparo del artículo 156 del presente Reglamento, que se refieran a la producción o venta de productos agrícolas o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrarios, a menos que pongan en peligro los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE.»;

b) en el apartado 2, después del párrafo primero se inserta el párrafo siguiente:

«No obstante, los agricultores, las asociaciones de agricultores o asociaciones de estas asociaciones, las organizaciones de productores reconocidas al amparo del artículo 152 o del artículo 161 del presente Reglamento o las asociaciones de organizaciones de productores reconocidas al amparo del artículo 156 del presente Reglamento, podrán solicitar un dictamen de la Comisión sobre la compatibilidad de dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas con los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE. La Comisión tratará con diligencia las solicitudes de dictamen y enviará al solicitante su dictamen en el plazo de cuatro meses a partir de la recepción de una solicitud completa.

La Comisión podrá, por iniciativa propia o previa solicitud de un Estado miembro, cambiar el contenido de un dictamen, sobre todo si el solicitante ha facilitado información imprecisa o ha hecho un mal uso del dictamen.».

El artículo 222 queda modificado como sigue:

a) en el apartado 1, la frase introductoria se sustituye por el texto siguiente:

Si bien, este marco regulatorio se ha inclinado más respecto a la posible prevención y vigilancia de las prácticas restrictivas de la competencia, colusorias o abusivas y a las ayudas públicas, no cabe duda, que también expresamente, las concentraciones económicas de las sociedades cooperativas agroalimentarias están sometidas a las normas de competencia que las regulan.

3. Las concentraciones económicas en las sociedades cooperativas agroalimentarias desde la perspectiva de las normas de competencia

Una preocupación compartida por un amplio sector de la doctrina es la escasa dimensión de las cooperativas agroalimentarias. Los expertos manifiestan la necesidad de que éstas sociedades ganen en tamaño y financiación. No cabe duda que este es uno de los retos a los que deben enfrentarse las cooperativas agroalimentarias para ser más competitivas. Por ello desde todos los sectores implicados, animan a que se integren en mayores estructuras a fin de conseguir un mayor poder negociador de sus miembros y así beneficiarse de las economías de escala. Muestra de ello es la amplia literatura que hay sobre las distintas formas de integración y reestructuración de las cooperativas²¹.

«1. Durante los períodos de desequilibrios graves en los mercados, la Comisión podrá adoptar actos de ejecución a efectos de que el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplique a los acuerdos y decisiones de los agricultores, de las asociaciones de agricultores o de las asociaciones de dichas asociaciones, o bien de las organizaciones de productores reconocidas, de las asociaciones de organizaciones de productores reconocidas, y de las organizaciones interprofesionales reconocidas pertenecientes a cualquiera de los sectores a que se refiere el artículo 1, apartado 2, del presente Reglamento, siempre que tales acuerdos y decisiones no menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior, tengan como única finalidad estabilizar el sector afectado y entren en una o más de las siguientes categorías...»

21. Entre otros, AAVV: *Integración y concentración de empresas agroalimentarias. Estudio jurídico y económico del sector y de Ley 13/2013 de fomento de la integración cooperativa*. (Dir. Vargas Vasserot, C. y Coor. Cano Ortega, C.) Dykinson, la Juntad de Andalucía y el CIDES. Madrid, 2018 y la extensa bibliografía allí recogida. Díaz Yubero, F., Crespo López, I. y Díaz del Río, M.: “Coyuntura y perspectivas del sector agroalimentario español”, *Mediterráneo Económico*. Monográfico dedicado al sector-agro-mar-alimentario español, nº.28, 2015, pp. 255-275; Bijman, J.: “Las cooperativas agroalimentarias en la UE: Empresas modernas con retos modernos”, *Mediterráneo Económico*, Monográfico dedicado al papel del cooperativismo agroalimentario en la economía mundial. Nº. 24, 2013, pp. 41-61. Gómez Arroyo y Blázquez, C.: “Atomización empresarial, necesidad de ganar tamaño y financiación de las empresas agroalimentarias españolas”, *Mediterráneo Económico*, Monográfico dedicado al sector-agro-mar-alimentario español, nº 28, 2015, pp. 159-184.

A la complejidad que conllevan los cambios en la estructura de propiedad de estas sociedades cooperativas, hay que añadir que estos cambios quedan sometidos al control de las concentraciones económicas si acaso éstas concentraciones cumplen con los parámetros previstos en las normas de competencia.

Las concentraciones económicas nacionales quedan reguladas en los capítulos II y III de la LDC y en los capítulos II y III de su Reglamento (RDC). Por otra parte, cuando las concentraciones económicas tengan dimensión comunitaria, quedan reguladas por el Reglamento comunitario de concentraciones (RCC N° 139/2004), que ha sido modificado por el Reglamento de ejecución (UE) N° 1269/2013 de la comisión de 5 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas²².

En cualquier caso, las concentraciones se articulan en torno a un sistema de control basado en la cuota de mercado y en el volumen de negocios de las partes implicadas²³. El umbral de la cuota de mercado se ha fijado en el 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo, siempre que el volumen de negocios en España de la adquirida supere los diez millones de euros, o la cuota individual o conjunta de las partes esté por encima del 50% en algún mercado afectado en España o en un ámbito geográfico definido dentro del mercado nacional. El umbral del volumen de negocio está en 240 millones de euros y, al menos dos de los partícipes en España deben de alcanzar individualmente un volumen de negocio superior a 60 millones de euros, (art. 8 LDC).

Dado estos umbrales, no es de extrañar que se produzcan pocos supuestos de inicio de procedimientos de control de concentraciones de sociedades cooperativas agroalimentarias debido a la configuración atomizada de las estructuras de este sector económico en nuestro país. A ello hay que añadir que el concepto de concentración que se emplea en el ámbito cooperativo no coincide exactamente con el concepto de concentración económico-jurídico de otros sectores societarios. En el cooperativismo se prefiere el término integración que alude en general, a toda forma de colaboración o vinculación empresarial entre cooperativas que

22. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2013/336/L00001-00036.pdf>

23. Miranda Serrano, L.M. y Pérez Molina, M.A.: "El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea", *Revista de Derecho Mercantil*, n°. 294, 2014, pp. 115-170.

no altera la independencia económica ni de decisión de cada una de ellas²⁴. Hasta ahora, la forma preferida de integración ha sido a través de crear cooperativas de segundo grado, a pesar de que en los últimos años ha habido una tendencia ascendente de las operaciones de integración por fusión de sociedades cooperativas con otros grupos societarios²⁵.

No obstante, aquéllas sociedades cooperativas agroalimentarias que en operaciones de concentración en los términos de la LDC prevean alcanzar o superar esos umbrales, deben comunicarlo a las autoridades de competencia (CNMC)²⁶ a fin de que ésta le autorice o prohíba dicha operación, en función del grado en que la alteración de la estructura del mercado afecte a la competencia, en todo o en parte del mercado nacional²⁷. Para ello se aplica un test de afectación significativa a la competencia que permite identificar de forma rápida qué operaciones de concentración no son problemáticas o están en disposición de resolver fácilmente los problemas de competencia o cuales deben quedar prohibidas. Por tanto,

24. Para un estudio en profundidad sobre las distintas formas de integración de las cooperativas, puede consultarse, entre otros, a Vargas Vasserot, C., Gadea Soler, E., Sacristán Bergia, F.: *Derecho de las sociedades cooperativas. Régimen económico, integración, modificaciones estructurales y disolución*, La ley, Madrid, 2017; Cano Ortega, C.: *Los procesos de integración de las cooperativas* (Tesis doctoral), TESEO, 2014; Sánchez Pachón, L.A.: “Modalidades de integración y colaboración de las cooperativas en Castilla y León y perspectivas de desarrollo», *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 36, 2015. También, del mismo autor “Los acuerdos de intercooperación como mecanismo jurídico de integración de cooperativas”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, Monográfico nº 126, 2017, pp.154-176, DOI:10.5209/REVE.58616; Costas Comesaña, J.: “Apuntes sobre el concepto de concentración en la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*. Civitas, Pamplona, 2011, pp. 131-148. Alfonso Sánchez, R.: *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*. Aranzadi, Madrid, 2008 en especial los capítulos II y VI.

25. Para el estudio sobre fusión, Sequeira Martín A.: “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol.I (dirs, Rodríguez Artigas, F., Alonso Ureba, A., Fernández de la Gándara, L., Velasco San Pedro, L.A., Quijano González, J., Esteban Velasco, G.), Aranzadi, Madrid, 2009. Para un estudio específico de las fusiones de cooperativas, Cano Ortega, C., *La fusión de cooperativas*, Marcial, Pons, Madrid, 2015.

26. Órgano que fue creado en sustitución de la CNC por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

27. Aunque optaron por concentrarse a través de cooperativas de segundo grado, entre otras, Coren, Arento y Arco Iris para el sector de la carne, Anecoop y Actel para el hortofrutícola, Agropecuaria de Navarra y Acorex para el de la aceituna y el aceite, etc. En Arcas Larios, N y Hernández Espallardo, M.: “Tamaño y competitividad. Casos destacados de cooperativas agroalimentarias españolas.” *Mediterráneo Económico* nº 25, 2013, pp. 205-229.

al final del proceso la CNMC puede autorizar la concentración, subordinarla a los compromisos presentados por la notificante o subordinarla a las condiciones establecidas por la CNMC o prohibirla. (art. 58.4 LDC)²⁸.

El dictamen dependerá del análisis de la información que las propias sociedades implicadas suministren a la CNMC y de la que ésta pueda requerir a las sociedades, en función del contenido del formulario de notificación de la concentración previsto en el anexo II o III del RD 261/2008 según proceda. Para ello se ordena la información por bloques referentes: a las partes implicadas en la notificación; a la naturaleza, característica y dimensión de la operación de concentración; a las restricciones accesorias que puede sufrir la competencia como consecuencia de esa operación; a cada una de las empresas que pertenecen al grupo y que estén controladas directa o indirectamente y que operen en cualquiera de los mercados relevantes afectados, con indicación de los sectores económicos en los que operan.

Además, han de delimitarse los mercados de producto, los mercados relevantes dentro del ámbito geográfico nacional o aquéllos donde puede tener un impacto significativo la operación que se notifica; y dentro de cada mercado relevante hay que facilitar información sobre las cuotas de mercado, la estructura de la oferta, la estructura de la demanda, las barreras de entrada de nuevas empresas al mercado, así como si hay acuerdos horizontales o verticales entre las empresas participes en la operación de concentración, entre éstas y otros competidores, también debe detallarse en qué consisten. Y, por último, que aporta al mercado la operación de concentración en opinión de los solicitantes.

Este complejo procedimiento, ya sea ordinario o abreviado, se aplica a cualquier concentración económica con independencia de la forma jurídica y del tamaño de las empresas implicadas. Es posible que no sea el más adecuado para animar a las sociedades cooperativas agroalimentarias de reducido tamaño a iniciar una operación de concentración económica. En el bien intencionado interés que muestran todas las autoridades implicadas en el desarrollo del sector, quizás sería conveniente establecer un procedimiento más adecuado a la realidad de la idiosincrasia de éstas cooperativas.

28. Así en CNMC. La defensa de la competencia en España, pág. 26. Disponible en: <https://www.cnmc.es/>

4. Estudio del expediente de concentración económica de “Deoleo, SA” y “Hojiblanca, SCA”

Pasando del plano teórico al práctico, desde que en 2007 entra en vigor la LDC se han producido poco más de cincuenta expedientes de concentración en el sector agroalimentario²⁹. Ello puede deberse a varias razones, bien por la configuración del sector al que ya nos hemos referido, bien porque se sigan prefiriendo las fórmulas tradicionales de búsqueda del modelo óptimo para el crecimiento de estas sociedades cooperativas, bien porque, como apuntábamos anteriormente, el procedimiento general previsto para controlar cualquier concentración económica no sea el más adecuado para incentivar los cambios estructurales que se le demandan a las sociedades cooperativas agroalimentarias.

En cualquier caso, uno de los sectores económicos de mayor concentración económica en manos de cooperativas, desde la producción a la distribución, es el sector del aceite. Sin embargo es de escasa participación en la comercialización por lo que se le recomienda mejorar en ese aspecto³⁰. Una operación de concentración que dio lugar a notificación y que tomamos aquí como referencia se produjo entre DEOLEO, S.A. y HOJIBLANCA, SCA. Su elección obedece no solo al sector agroalimentario en el que se produjo, sino también a que en él está implicado una cooperativa que es el objeto de nuestro interés, a lo que hay que añadir que adoptan una forma de integración considerada por la doctrina como híbrida al verse implicada otra forma societaria³¹.

Esa operación de concentración dio lugar al expediente C-0478/12 DEOLEO, SA/ HOJIBLANCA SCA³². La naturaleza de la operación consistió en la adquisición del control exclusivo por parte de DEOLEO, S.A.³³ de la actividad de

29. Según los datos obtenidos de la página web de la CNMC.

30. Díaz Yubero, F y otros, op.cit. pp. 261.

31. Bijman, op. cit. Pp. 59.

32. Seguimos aquí las siglas utilizadas en el expediente de concentración para referirse a Hojiblanca, Sociedad Cooperativa Andaluza, aunque, las siglas identificativas de este tipo social según el artículo 403 del Reglamento del Registro Mercantil son “S.Coop.”, a la que habría que añadir la identificación de la Comunidad Autónoma.

33. DEOLEO es un grupo alimentario español que cotiza en la Bolsa española, líder mundial en venta de aceite embotellado. Mantiene el liderazgo en los mercados más importantes del mundo con marcas tan reconocidas como CARBONELL, BERTOLLI, CARAPELLI KOIPE, SENSAT, FIGARO, FRIOL o SASSO. Controla la materia prima desde el agricultor hasta el consumidor, garantizando de este modo

envasado y distribución del aceite de oliva virgen extra bajo la marca “hojiblanca” de la sociedad HOJIBLANCA, SCA³⁴, mediante un Contrato de Inversión suscrito por ambas sociedades.

Como consecuencia de esta operación HOJIBLANCA, SCA adquiriría un porcentaje de capital social en DEOLEO, SA que le daba derecho a designar a dos nuevos consejeros en esta última. A cambio DEOLEO, SA adquiriría activos de HOJIBLANCA, SA. que le permitía el envasado, la comercialización y la venta del aceite de oliva virgen extra bajo esa marca³⁵. Las autoridades de competencia consideraron que la operación planteaba efectos potenciales adversos en los mercados relacionados con el aceite de oliva virgen y virgen extra, con una adición de cuota significativa y una cuota conjunta muy superior a la del siguiente competidor en importancia (OLIVAR DE SEGURA, SCA³⁶). Y, por otro lado, el refor-

los más altos estándares de calidad. En 2014 la facturación del grupo DEOLEO alcanzó los 773.242 millones de euros, repartidos por mercados geográficos internacionales. En España la cuota de mercado alcanzada para ese año fue del 22.1%. Información obtenida de su página web <http://deoleo.com/deoleo/sobre-nosotros/?lang=es>

34. Oleícola Hojiblanca de Málaga, Cordoliva, Acorsa, Agromálaga, Agrocórdoba, Sumicoop, Sierra Norte de Sevilla y Agropecuaria del Sur conformaron inicialmente Hojiblanca, S. Coop. And., que tras la fusión de Tierras Altas Aceites de Granada S. Coop. And da lugar a Dcoop, S. Coop. And. Esta cooperativa de segundo grado además suma por fusión las actividades de sus filiales comerciales Oleícola Hojiblanca SA y Oleomálaga S. A.

Dcoop S. Coop. And. inicia su andadura en 2013 con el liderazgo reforzado como mayor productor oleícola mundial con más de 250.000 t. de aceite de oliva virgen y más de 67.000 t. de aceituna de mesa. 65.000 familias de agricultores y ganaderos agrupados en más de un centenar de empresas cooperativas del sur de España (Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura) que trabajan juntos por conseguir la mayor rentabilidad para sus explotaciones a través de la mejor comercialización posible y el abaratamiento de costes.

Dcoop es la mayor cooperativa agroalimentaria andaluza y la tercera española en volumen de facturación con medias que superan los 600 millones de euros. Con 110 socios aceiteros; 22 aceituneros; 7 ganaderos; más de un centenar de cooperativas de suministros, medio millar de empleados, y una decena de centros de trabajo.

Esta información ha sido obtenida de su página web <http://www.dcoop.es>

35. Apartados 9 y 10 del Informe y Propuesta de Resolución C-0478/12 DEOLEO/HIJIBLANCA.

36. Olivar de Segura es una Sociedad Cooperativa Andaluza ubicada al noreste de la provincia de Jaén, dedicada a la producción, comercialización y envasado de Aceite de Oliva Virgen Extra con Denominación de Origen Sierra de Segura y de Aceite de Oliva Virgen Extra bajo Cultivo Ecológico. Obtiene una producción media de 20.000.000 de kilos, 4.500 agricultores, 14 cooperativas se unen en una superficie de olivar de 30.000 Ha, para producir el mejor aceite proveniente de un singular Olivar de alta montaña con altitudes de más de 900 metros. Información obtenida de su página web, <http://www.olivar-desegura.es/raices>

zamiento del vínculo estructural entre ambas sociedades (DEOLEO, SA y HOJIBLANCA, SCA) podría dar lugar a un intercambio de información sensible entre ambos competidores que les permitiría reducir la presión competitiva recíproca, lo que podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o en parte de los mercados implicados y, además podría impedir o restringir el acceso al mercado del aceite a otros competidores.

Esta operación de concentración es compleja y el expediente se resolvió en dos fases autorizándose finalmente la concentración, pero con compromisos presentados por DEÓLEO SA y HOJIBLANCA, SCA, a fin de compensar los problemas de obstaculización de una competencia efectiva para este determinado producto en este sector económico. Lo que nos sirve para advertir que la configuración atomizada del sector cooperativo agroalimentario, aun siendo cierto, no parece por sí solo argumento suficiente para sustentar la necesidad de excluir de forma generalizada al sector de las normas de competencia, al menos en cuanto a concentraciones económicas. Se trata de proteger a todos los implicados y posibles perjudicados y no crear más desequilibrios de los que ya sufre el sector si acaso quedaran excluidas estas sociedades del control de las autoridades de competencia.

Facilitar que las sociedades cooperativas agroalimentarias sigan las políticas recomendadas de crecimiento no significa que deban hacerlo a costa de sus competidoras. En mi opinión la reestructuración que se le demanda al sector no está condicionada o dificultada por la inclusión o exclusión de las normas de competencia, sino que el control de las concentraciones en el sector es una consecuencia más de la operación destinada a proteger a todos los implicados en el mercado.

5. Las sociedades cooperativas agroalimentarias y las prácticas anticompetitivas

Hasta ahora, los verdaderos escollos en materia de competencia a que se han enfrentado las sociedades cooperativas agroalimentarias y sus asociaciones conciernen a las conductas colusorias que contravengan la competencia en los mercados y abusos de posición dominante (arts. 101y 102 TFUE y arts. 1 y 2 LDC), en las que se vean comprometidas.

Un hecho que se viene denunciando desde hace tiempo es la asimetría que hay entre el sector de la producción agroalimentaria y el sector de la distribución. Esto hace que los productores tengan poco poder de negociación frente a los

compradores. Por tanto, se dan las circunstancias idóneas para que la competencia sea falseada en perjuicio de las sociedades agroalimentarias. Por ello las autoridades comunitarias y nacionales en materia agraria y en materia de competencia, recomiendan a los productores agroalimentarios (organizados en un porcentaje elevado en cooperativas de primer y segundo grado) que se asocien, a fin de que puedan alcanzar un mayor grado de eficiencia y aumentar su poder de negociación que les permita neutralizar los comportamientos colusorios o abusivos de los distribuidores. Todo ello, como venimos diciendo, respetando las normas de competencia en general, salvo las excepciones previstas en las normas sectoriales agroalimentarias.

El verdadero punto de inflexión sigue siendo conocer qué acuerdos llevados a cabo por estas asociaciones y en qué sectores y subsectores (frutas, hortalizas, tabaco, carne, aceite, vino, etc.) pueden ser compatibles con el derecho de competencia comunitario y nacional, dado que no podemos olvidar que las exclusiones del derecho de la competencia se circunscriben a las reguladas explícitamente en la Organización Común de Mercados Agrarios, que han sido calificadas como muy restrictivas, por cuanto deben cumplir una serie de requisitos que les permitan generar eficiencia económica.

Por mor de esas interpretaciones restrictivas se vieron implicados en prácticas colusorias de las previstas en los artículos ya citados, Asociaciones de Productores, Plataformas de Asociaciones y Sociedades varias del sector agroalimentario, que culminaron en expedientes sancionatorios, entre los que podemos destacar, entre otros, la Plataforma del mejillón gallego a la que pertenecían importantes asociaciones, que fue sancionada al infringir los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, por fijar las condiciones comerciales y el reparto del mercado de venta del mejillón gallego³⁷. También la Organización Interprofesional de Avicultura de Carne de Pollo del Reino de España (PROPOLLO) por marcar públicamente unas pautas comunes para fijar el precio futuro del pollo³⁸. O, por último, a los Productores de uva y vinos de Jerez que también algunas de sus Asociaciones fueron sancionadas por fijar los precios de la uva de mesa³⁹.

Dado lo anterior, parecía que había consenso en excluir de estas posibles excepciones legales y considerar anticompetitivos en cualesquiera circunstancias, las

37. Resolución (EXPTE S/0107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLÓN).

38. Resolución (EXPTE S/0044/08 PROPOLLO).

39. Resolución (EXPTE S/0167/09 PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ).

limitaciones de la producción, el reparto de mercados o la fijación de precios⁴⁰. No obstante, parece que hay un incipiente cambio de criterio y que esa afirmación queda modulada en unas determinadas circunstancias, como ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2017, conocida como el “caso endibias” que ha venido a arrojar un poco de luz sobre cuando ciertas prácticas colusorias estarían o no excluidas de las normas de competencia⁴¹.

Esta sentencia establece que en el seno de una misma Organización de Productores o de una misma Asociación de Organizaciones de Productores, siempre que haya sido reconocida por un Estado miembro, pueden acordar concertaciones relativas a los precios o a las cantidades comercializadas o el intercambio de información, y no ser consideradas prácticas colusorias a los efectos del artículo 101 del TFUE, siempre que sean estrictamente necesarias para conseguir los objetivos asignados a esos organismos con arreglo a la normativa de la Unión Europea. Por el contrario, esas prácticas colusorias no podrán sustraerse de la prohibición establecida en el artículo 101 del TFUE cuando se convenga entre diferentes Organizaciones de Productores o Asociaciones de Organizaciones de Productores no reconocidas por un Estado miembro, tales como las organizaciones de productores que no disponen de un Estatuto de Organización de Productores, de Asociación de Organizaciones de Productores o de Organización Interprofesional conforme a la normativa de la Unión Europea. Sigue esta sentencia el criterio establecido por el abogado del Estado que establece en sus conclusiones, que de acuerdo al marco legal vigente puede interpretarse que el punto de inflexión entre lo permitido y lo prohibido en cuanto competencia está en las funciones encomendadas a las Organizaciones de Productores y a las Asociaciones de Organizaciones de Productores⁴².

Por tanto, las circunstancias que deben darse para que la concertación de precios o las cantidades comercializadas o el intercambio de información estratégica no sean consideradas prácticas colusorias, son, de una parte, que las adopten

40. Para un estudio de la fijación de precios como práctica anticompetitiva, Cano Ortega, C.: “La fijación de precios mínimos como conducta anticompetitiva. El caso de las asociaciones profesionales agrícolas almerienses”, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (dir. Velasco San Pedro, L. A.) Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 823-834.

41. Sentencia disponible en: https://www.curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/es/

42. Puede consultarse este informe en: <https://ww.curia.europa.eu>

Organizaciones de Productores o Asociaciones de Organización de Productores legalmente reconocidas como tales por un Estado miembro de la Unión Europea y, de otra parte, que esas concertaciones sean estrictamente necesarias para cumplir con las funciones que esas Organizaciones y Asociaciones tienen encomendadas.

En la misma línea, de atemperar el rigor en la aplicación de las normas de competencia al sector y equilibrar el poder de negociación de las partes implicadas, parece lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril relativa a prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. Da un paso más a lo considerado en la sentencia expuesta e intenta proteger a las asociaciones de productores y organizaciones de productores, estén reconocidas o no, en función de su poder de negociación relativo, incluidas las cooperativas por considerarlas especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales (considerando 10). Estas deben ser protegidas en el marco contractual de los agentes de mayor poder negociador estimado éste por el volumen de negocios anual de los distintos agentes.

Esta directiva, que deberá ser transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico lo más tardar en mayo de 2021, recoge una lista mínima y abierta de las conductas que deben quedar prohibidas por ser consideradas desleales. De entre ellas podemos destacar, por ser muy usuales en la práctica y que han castigado mucho al sector, la dilatación en los plazos del pago a productores, la modificación unilateral de los términos de los contratos o la imposición de costes adicionales a los productores por campañas de descuentos o promociones llevadas a cabo por los distribuidores. En definitiva esta Directiva tiene por finalidad luchar contra los desequilibrios constatados y denunciados entre los productores y proveedores⁴³.

6. Conclusión

No hay ninguna duda sobre la aplicación de las normas de competencia al sector agroalimentario y a sus formas jurídicas de organización, por tanto, a las

43. Muestra de la necesidad de ordenar la competencia en el sector, al menos en cuanto a prácticas anti-competitivas se refiere, son las continuas protestas de los productores respecto de los precios en origen. Es el caso, en estos días, del sector olivarero que denuncia que está produciendo por debajo del coste mientras el precio final del aceite se dispara incluso en temporadas con excedentes de producción como la actual.

sociedades cooperativas agroalimentaria también. Lo que presenta una mayor dificultad es establecer los límites de compatibilidad entre las normas que de forma excepcional regulan a este sector con las normas de competencia, dado que aquéllas son muy restrictivas en su aplicación. Esta incertidumbre se observa en los cambios de criterio de política jurídica a la hora de interpretar como debe aplicarse al sector las normas de competencia.

No obstante, en su aplicación al sector hay que distinguir entre el impacto que tiene las concentraciones económicas y el impacto que tiene las prácticas anticompetitivas porque las consecuencias son distintas.

En el primer caso, la exigua incidencia se debe principalmente a que este sector se caracteriza por su escasa dimensión empresarial y por la falta de organización y concentración de la oferta, lo que le supone una gran debilidad. Dicha situación se quiere enmendar con determinadas actuaciones desde las Instituciones públicas recogidas en el Plan Estatal de Integración Asociativa 2015-2020 impulsado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Así, con el fin, entre otras cosas, de revertir esa atomización, se intenta promover el fomento de la integración de productores y entidades para la constitución, fusión o ampliación de entidades asociativas de carácter agroalimentario de ámbitos supraautonómicos, para que adquieran suficiente capacidad y dimensión que les permita desarrollar una estructura empresarial idónea para ser rentables, competitivas y eficientes.

No se ha de olvidar, además, que en el ámbito de las cooperativas agroalimentarias españolas la fórmula de concentración por excelencia ha sido la constitución de cooperativas de segundo grado, ya que conlleva un menor nivel de compromiso en relación a la fusión, al poder mantener las cooperativas participantes su independencia jurídica y económica. Por ello, no es de extrañar que las concentraciones económicas llevadas a cabo por las sociedades cooperativas agroalimentarias no hayan necesitado hasta ahora del control de las autoridades de competencia más que en casos puntuales como el que aquí ha quedado reflejado.

No es el caso de otras prácticas anticompetitivas que sí han dado lugar a la intervención de las autoridades de competencia por poderse acreditar la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, sobre la base de una interpretación generalizada y muy restrictiva de las normas que regulan al sector y que, tras la sentencia mencionada en el grueso del artículo, seguramente deberá modularse su interpretación. Igualmente, la directiva

expuesta está llamada a paliar ciertas prácticas consideradas anticompetitivas por el entorno en el que se practican.

En definitiva, el sector agroalimentario está falto de esclarecer cuales son las derogaciones concretas que establece la Organización Común de los Mercados Agrarios, a fin de que las asociaciones de productores organizados principalmente en sociedades cooperativas agrarias conozcan que acciones pueden llevar a cabo sin irrumpir en las normas de competencia. No hay un criterio uniforme de aplicación de las normas de competencia para este sector y su aplicación se caracteriza por una excesiva casuística que crea un grado importante de incertidumbre, no solo en los operadores económicos sino también en las administraciones públicas. Aunque sin desconocer los esfuerzos llevados a cabo por todas las autoridades implicadas, sería conveniente abundar en seguir clarificando como y a quién se aplican las normas de competencia por mor de mejorar la eficiencia y la competitividad del sector agroalimentario.

Bibliografía

- AAVV: *Integración y concentración de empresas agroalimentarias. Estudio jurídico y económico del sector y de Ley 13/2013 de fomento de la integración cooperativa*. (Dir. Vargas Vasserot, C. y Coor. Cano Ortega, C.), Dykinson; Junta de Andalucía; CIDES. Madrid. 2018.
- ALFONSO, R.: *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*. Aranzadi, Madrid, 2008.
- ARCAS, N. & HERNÁNDEZ, M.: “Tamaño y competitividad. Casos destacados de cooperativas agroalimentarias españolas”, *Mediterráneo Económico*, nº 25, 2013, pp. 205-229.
- BERASATEGUI, J.: “El derecho de la competencia en el sector agroalimentario”, *Mediterráneo Económico*. Monográfico dedicado al papel del cooperativismo agroalimentario en la economía mundial, nº 24, 2013, pp.301-319.
- BIJMAN, J.: “Las cooperativas agroalimentarias en la UE: Empresas modernas con retos modernos”, *Mediterráneo Económico*. Monográfico dedicado al papel del cooperativismo agroalimentario en la economía mundial, nº 24, 2013, pp. 41-61.
- BOMBA, I.: “Coexistencia de las políticas de competencia en el sector agroalimentario”, *Jornadas sobre competencia en el sector agroalimentario*. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural, Madrid, 2009.
- CANO, C.: *Los procesos de integración de las cooperativas* (Tesis doctoral), TESEO, 2014.
- CANO, C.: *La fusión de cooperativas*. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- CANO, C.: “La fijación de precios mínimos como conducta anticompetitiva. El caso de las asociaciones profesionales agrícolas almerienses,” *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, (dir. Velasco San Pedro, L.A.) Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 823-834.
- COSTAS, J.: “Apuntes sobre el concepto de concentración en la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 131-148.
- DE GUINDOS, B.: “Competencia y sector agroalimentario”, *Anuario de la Competencia*, nº 1, 2013, pp.231-248.

- DÍAZ, F., CRESPO, I. & DÍAZ, M.: “Coyuntura y perspectivas del sector agroalimentario español”, *Mediterráneo Económico*. Monográfico dedicado al sector-agro-mar-alimentario español, nº 28, 2015, pp. 255-275.
- GÓMEZ & BLÁZQUEZ, C.: “Atomización empresarial, necesidad de ganar tamaño y financiación de las empresas agroalimentarias españolas”, *Mediterráneo Económico*. Monográfico dedicado al sector-agro-mar-alimentario español, nº 28, 2015, pp.159-184.
- JORDANA, J.: “El sector agroalimentario y el Derecho a una competencia leal”, *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria* (dir. González Castilla y Ruiz Pérez), Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 157-170.
- MIRANDA, L.M. & PÉREZ, M.A.: “El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 294, 2014, pp. 115-170.
- SÁNCHEZ, L.A.: “Modalidades de integración y colaboración de las cooperativas en Castilla y León y perspectivas de desarrollo”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 36, 2015, pp. 1-41.
- SÁNCHEZ, L.A.: “Los acuerdos de intercooperación como mecanismo jurídico de integración de cooperativas”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, nº 126, 2017, pp.154-176, DOI:10.5209/REVE.58616.
- SEQUEIRA A.: “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles Vol.1*, (dirs, Rodríguez Artigas, F., Alonso Ureba, A., Fernández de la Gándara, L., Velasco San Pedro, L.A., Quijano González, J. y Esteban Velasco, G.), Aranzadi, Madrid, 2009, pp.375-420.
- VARGAS, C., GADEA, E. & SACRISTÁN, F.: *Derecho de las sociedades cooperativas. Régimen económico, integración, modificaciones estructurales y disolución*, La ley. Madrid, 2017

LA MEDIACIÓN, NUEVO INSTRUMENTO PARA EL CONSENSO AL ALCANCE DE LAS COOPERATIVAS VALENCIANAS

Carolina Sanchis Crespo

Catedrática de Derecho Procesal

Facultad de Derecho de Valencia

Universitat de València

RESUMEN

El Reglamento de Mediación, publicado por Resolución de 22 de noviembre de 2018 del presidente del Consejo Valenciano del cooperativismo y conseller de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, supone un gran paso adelante en la administración de las cooperativas. En el ADN de estas instituciones está la autorregulación y el modo más coherente de autogestionarse cuando surge un conflicto, es acudir a la mediación. Al otorgarse recíprocamente los mediados el acuerdo de mediación, y no ser por tanto, imposición de un tercero, es mucho más factible que lo pactado se cumpla de manera voluntaria.

En el presente artículo se explica la nueva normativa de mediación al alcance de las cooperativas con especial detalle en las tres fases del procedimiento: la fase preparatoria inicial, la fase de consolidación y desarrollo y la fase de terminación.

PALABRAS CLAVE: Consenso, cooperativas, mediación, nuevo reglamento, procedimiento.

CLAVES ECONLIT: J54, P13, Q13, J52.

MEDIATION, A NEW TOOL FOR CONSENSUS WITHIN THE REACH OF VALENCIAN COOPERATIVES

EXPANDED ABSTRACT

The existence of conflicts between people or groups of people is something inherent to the human being. Being aware of the value of the controversy as a stimulus for the overcoming and opportunity for change, the truth is that, for the society to advance, the disagreements must be solved gradually.

For the conflict to emerge, the parties' positions should be opposed, even if interests may coincide totally or partially. The key is how the situation is perceived by the parties: if it is negatively perceived as irresolvable, a conflict will arise. On the contrary, if they foresee, from a much positive perspective, that despite of their opposed positions, they can reach an agreement by giving each of them something in exchange, the controversy will be on its path to be solved.

Mediation is a useful tool for the resolution of conflicts that has important advantages in comparison with other tools such as arbitration or judicial processes.

Mediation has the characteristic of being a procedure essentially voluntary, from its beginning and during all the time that proceedings will last. Parties always have the option of quitting mediation without the acquiescence of the other parties to be a requirement.

In mediation, the parties are the ones involved in the resolution of the controversy generating themselves a successful ending to the crisis produced by the disagreement. For this reason, the agreement reached through mediation will unlikely be breached given that parties have voluntarily accepted that solution without it having been imposed by a third party. That is why it is said that mediation is the most civilised mode of ending with a disagreement.

Mediation seems a tool especially meant to resolve controversies where cooperatives are involved. In the very essence of these entities we find self-regulation. For this reason, the most coherent mode of self-regulation when a conflict arises, is clearly to go to mediation. Consequently, it has been a right choice that the Generalitat Valenciana through the Department of Sustainable Economy, Productive Sectors, Commerce and

Labour, had carried out the development of the Regulation on Mediation of the Valencian Cooperativism Council –together with those of Conciliation and Arbitration–, through the order of the 22nd November 2018 of the Official Journal of the Generalitat.

The mediation procedure is made up of three stages: an inception phase, a consolidation and development phase and a completion phase.

The inception phase can start in three different ways: by ad hoc mutual consent or previous agreement between the parties, upon the initiative of one part, or by judicial or arbitration referral. Once the procedure has started, the mediator is named from a list previously tailored by the Valencian Cooperativism Council.

The mediator will be neutral, impartial and independent. He/she must refrain from intervening when a conflict of interests arises with any of the parties. He/she is obliged to reveal any circumstance that could affect to his/her impartiality.

The Valencian Cooperativism Council provides to the parties with a mediation request form that is included in the article.

In the consolidation and development phase is where mediation really starts, since until the constitutive act is not signed and accepted, the procedure is not properly initiated. That document shows all the extreme aspects related to the controversy, as well as the parties' willingness –now already mediated– of reaching an agreement.

The Valencian Cooperativism Council also offers to the mediated parties one mediation constitutive and acceptance act form that is included in the article.

The mediation procedure will move forward through the successive progressive sessions that will normally take place jointly, but they can also be private.

The joint sessions will be the ordinary way of acting. In them, the mediator party, will meet with all mediated parties simultaneously, so that each of them will have full information of what has been discussed.

In the private sessions –known as caucus in the jargon of mediation– the mediator will meet only with one of the mediated parties. The others will know that that session has taken place but will not know nothing about its content. In order to keep the needed

equidistance, the mediator party will also meet privately with the other mediated parties individually.

It may be surprising that in a procedure where the parties themselves look for an agreement, private meetings are held the content of which is secretly kept. However, powerful reasons exist for this to happen. One of the main reasons relates with the so-called MAAN. The MAAN consists in the best solution parties can obtain without the need of mediation. When parties look for mediation is because they seek for something better than that option. For this reason, the progress of the mediation procedure should be made without losing sight of the MAAN value. That will allow the party to know when going for mediation is not worthy and when it pays off. The MAAN acts as a light signal showing until which point you can give, and from which point it is not convenient to do so.

The completion phase may put an end to mediation in several ways: with total or partial agreement, with total or partial agreement judicially approved or with total or partial agreement converted to public deed.

In the first mode, parties are tied with the same bond of a contract to what they have agreed with. Invalidity action may only be exerted for the same causes that can invalidate contracts.

In the second one, we will face a title with enforceability. If necessary, we will execute it with the rules provided by the LEC in such cases.

In the third case, when it becomes public deed, we will also face a title with enforceability and we should go to the LEC norms that, in such case, have peculiarities of difficult adjustment, that doctrine has already brought to light.

The Valencian Cooperativism Council also offers to mediated parties a termination Act form of mediation that is included in this article.

To conclude what has been treated, we should point out that we consider a great decision this Regulation on Mediation in cooperativism. This is a regulation that was needed and that we hope will boost this alternative dispute resolution mode in the area of Valencian cooperatives and for their benefit.

KEY WORDS: Consensus, cooperatives, mediation, new regulation, procedure.

SUMARIO

I. Una historia para comenzar. II. El abogado y la mediación. III. Marco normativo. 1. Disposiciones legales de nivel estatal. 2. Disposiciones legales de nivel autonómico: el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo. IV. A modo de epílogo. Bibliografía.

I. Una historia para comenzar

Para comprender la utilidad y virtudes de la mediación como instrumento pacificador, resulta interesante empezar con una historia que pone de manifiesto las bondades de esta herramienta.

Cuenta una leyenda árabe que un beduino murió dejando a sus tres hijos su fortuna que consistía en un lote de 17 camellos. Estableció en su testamento una regla aparentemente sencilla para que se procediera al reparto entre ellos, de modo que el mayor recibiera la parte más importante, una menor el mediano y la más pequeña el benjamín de la familia. El problema estaba en el criterio preciso que instituyó el padre como última voluntad. Según el mismo correspondía al primogénito la mitad de los camellos, al segundo un tercio y un noveno para el menor. Siendo el total 17 camellos el reparto quedaba así:

- 8,5 camellos para el mayor.
- 5,6 camellos para el mediano.
- 1,8 camellos para el pequeño.

Naturalmente los herederos no estaban dispuestos a sacrificar camellos, pero tampoco tenían la intención de transgredir lo más mínimo la voluntad de su padre, de modo que se hallaban en un mar de dudas y con la herencia yacente pues eran incapaces de hallar una solución.

Cuando estaban en lo más acalorado de la discusión apareció por la aldea una mujer a lomos de un camello y compadeciéndose de la tribulación de los hermanos les dijo: “Amigos les quiero regalar mi camello para que solucionen su problema”. Los hermanos aceptaron y comprobaron encantados cómo con ese camello sus problemas desaparecían como un azucarillo en el té. Con la nueva situación la división quedaba así:

- 9 camellos para el mayor.
- 6 camellos para el mediano.
- 2 camellos para el pequeño.

Y además podían devolverle a la bondadosa mujer su camello, puesto que las nuevas cantidades sumadas daban un total de 17 por lo que no necesitaban el nuevo camello.

Esto, que encierra un pequeño truco matemático -que no desvelaremos para no romper la magia del relato- sí nos sirve, sin embargo, para entender que la solución a los conflictos surge muchas veces al abordarlos con un nuevo enfoque, desde un nuevo ángulo. Se trata de no centrarnos en la terca visión del problema una y otra vez lamentándonos de cuan complicado es, sino en ir modificando el modo de aproximarnos a él para así, al cambiar la perspectiva, valorar otras posibles soluciones. Teniendo esta conclusión bien presente pasamos ahora a tratar la mediación como nuevo instrumento para el consenso al alcance de las cooperativas valencianas. Y empezamos tratando la figura del abogado que, si bien puede asesorar a las partes en mediación, va a tener un papel totalmente diferente dado que el procedimiento de mediación es radicalmente distinto a un procedimiento arbitral o judicial.

II. El abogado y la mediación

Los abogados pueden jugar un papel importante en la mediación que puede ser de dos clases distintas e incompatibles entre sí.

Por un lado, dada su condición de licenciados o graduados en Derecho y si tienen la especialización que requiere la ley, pueden ejercer como mediadores. En ese caso tendrán una posición neutral y equidistante de cada una de las partes mediadas. Por otro lado, pueden asesorar a cada una de las partes mediadas.

Pensar que el abogado cuando está preparando un litigio judicial está mediando es completamente erróneo. El abogado en esos casos negocia con la otra parte, asesora a la propia parte a quien está defendiendo y podría, en su caso, aportar soluciones para que no se llegase al pleito llegando a acuerdos con el otro abogado que luego tendrían que validar las partes. Todas esas actividades no significan que el abogado esté mediando sino que está llevando a cabo diligencias necesarias para desarrollar su trabajo de defensor de intereses jurídicos ajenos.

Cabría preguntarse si un abogado que asesora a una parte en mediación puede después, una vez fracasada la mediación, utilizar la información que ha sabido por su participación en ese procedimiento, en un futuro procedimiento judicial o arbitral.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es muy clara al respecto. La regla general es que no podrá hacer uso de esos datos aunque con dos excepciones. A ello se refiere el art. 9 de la Ley en su número 2: “La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionado con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”

En caso contrario, como reza el número 3 del mismo art. 9 “la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

En otro orden de cosas podemos también preguntarnos si el acudir a una mediación con asesoramiento letrado encarecerá los honorarios del abogado. Aquí la respuesta depende mucho de la perspectiva que se adopte al hacerla.

Si nos situamos en una visión cortoplacista, es claro que puede encarecerlos si la mediación fracasa y nos vemos abocados a un procedimiento judicial, pues en ese supuesto habrán de sumarse los emolumentos de ambos procedimientos. Pero si, por el contrario tomamos una posición más a largo plazo y aconsejamos a nuestro cliente la mediación en aquellos casos en los que las partes estén obligadas a tratarse en relaciones futuras por estimar que es más recomendable, abataremos los honorarios cuando razonablemente la mediación triunfe y, sobre todo, nuestro cliente sabrá que miramos por sus intereses recomendándole en cada caso el procedimiento más adecuado según sea el conflicto que tenga ante él. Es ésta también una manera de fidelizar a los clientes.

III. Marco normativo

El marco normativo que regula la mediación en el cooperativismo valenciano tiene dos niveles que, en lo esencial, están constituidos por las normas que, a continuación, se detallan.

Por un lado está el ámbito estatal, con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (de ahora en adelante Ley de Mediación), el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de Mediación y la Ley de impulso de la mediación que se encuentra en fase de gestación y en el momento de escribir estas líneas está en el trámite de Anteproyecto.

Por otro lado está la normativa autonómica con el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo publicado en la Resolución de 22 de noviembre de 2018 del presidente del Consejo Valenciano del Cooperativismo y conseller de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo y la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación de la Comunitat Valenciana.

1. Disposiciones legales de nivel estatal

El Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo respeta, a lo largo de toda su regulación, los preceptos de la Ley de Mediación y el Real Decreto 980/2013 que la desarrolla. Por ese motivo no nos referiremos exhaustivamente a estas dos normas para no incurrir en tediosas repeticiones al abordar lo relativo a la legislación autonómica.

Por su parte el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, a pesar de encontrarse en una fase tan embrionaria merece algún comentario, pues incide en un aspecto fundamental como es la adopción de medidas que permitan un despegue de la mediación en todos sus ámbitos.

La situación de la que se parte la describe fielmente la Exposición de Motivos al decir que: "(...) no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación (...). (...) la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos inter-subjetivos. Continua siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad".

Respecto a este particular parece evidente que no ha habido una decidida voluntad política de dar a conocer la institución. Algo tan sencillo, tan divulgativo y pedagógico como sería la emisión de campañas publicitarias en los medios (radio, televisión, internet) no se ha llevado a cabo. Consideramos que hay una responsabilidad gubernamental en la desidia política que refleja la situación arriba descrita. La implantación de normativas autonómicas sectoriales como el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo, han venido a paliar, aunque sea localmente, este estado de cosas.

El Anteproyecto propone algunas medidas en su afán por hacer de la mediación una institución verdaderamente operativa y útil. Destacaremos tres de ellas.

En primer lugar, se propone que la mediación sea una prestación incluida en el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Esta modificación de la Ley de asistencia jurídica gratuita es precisa, como dice la Exposición de Motivos: “en coherencia con el objetivo perseguido por la reforma en cuanto apuesta por la resolución de los conflictos mediante la mediación, mediante la intervención del mediador cuando las partes opten por la mediación para la resolución del conflicto o cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resulte de la derivación judicial”.

En segundo lugar se cambia el carácter exclusivamente voluntario de la mediación por la llamada obligatoriedad mitigada “que configura como obligación de la partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas (...) o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura¹”.

Finalmente se dispone incluir la mediación como asignatura obligatoria en los planes formativos del grado de Derecho y otros grados que se determinen por acuerdo del Consejo de Ministros².

Con los planes de estudios actuales de la carrera de Derecho, los alumnos terminan su preparación universitaria sin haber oído hablar siquiera de la mediación. A no ser que, o bien escojan alguna de las asignaturas que tratan las ADR o bien sus profesores sean de los que al exponer la asignatura de Introducción al Derecho Procesal, comienzan dedicando un tiempo a la mediación como método de resolución alternativa de conflictos³.

1. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación.

2. Disposición Adicional Segunda del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación.

3. La autora de este artículo forma parte de ese grupo de profesores que desde que entró en vigor la Ley de Mediación actúa de ese modo.

Por otro lado la *vacatio legis* de tres años que impone el legislador⁴ la consideramos simple y llanamente una incoherencia. Si tenemos en cuenta que aun estamos en la fase de Anteproyecto⁵ y que cuando la Ley se promulgue habrá que esperar todavía tres años para que entre en vigor, no podemos más que concluir que poco impulso va a darse a la institución con esa gestión del tiempo tan dilatada. El legislador, no obstante, lo razona aduciendo que ello permitirá: “la máxima difusión de las reformas que se introducen, dejar margen temporal para la adaptación reglamentaria necesaria y, sobre todo, fomentar la presencia de mediadores en todos los partidos judiciales⁶”. Ninguna de las razones esgrimidas nos parecen de peso. Una *vacatio* de 3 ó máximo 6 meses habría bastado para implementar los objetivos mencionados.

2. Disposiciones legales de nivel autonómico: el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo

Como dice SOUZA DE MIRANDA “A tendência, que há cerca de trinta anos foi implantada na cultura norte-americana, aponta à metamorfose do sistema apaziguador e à sepultura do paradigma adversarial, em favor da ação mediadora co-operativa. Para tanto, é fundamental o levante dos valores cooperativos da democracia, da equidade, da solidariedade, e da responsabilidade pessoal e coletiva, e o despertar do valor maior que existe no âmago emocional de cada um: o valor do Homem..., um valor que não tem preço⁷”.

Resolver las controversias que surjan en materia de cooperativas mediante la mediación, es la máxima expresión del espíritu propio del cooperativismo. Las cooperativas se autorregulan en la actividad que les es propia. Ello llevado al extremo implica que, cuando surgen discrepancias, lo acorde a la esencia del cooperativismo, no sea que un tercero imponga su solución a las partes, sino que ellas mismas lleguen a un acuerdo que suponga el fin del conflicto y garantice además una futura buena relación. De ahí la importancia y la coherencia de la

4. Disposición Final Segunda del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación.

5. Y que la actual situación política nacional de interinidad no nos permite ser muy optimistas.

6. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación.

7. SOUZA DE MIRANDA, J.E.: “A Mediação Co-operativa como Instrumento para Solução de Conflitos: Uma proposta para Prevalência dos Valores Co-operativos” en Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, núm 39, p. 99.

mediación como método de resolución de controversias y el acierto del legislador autonómico valenciano en dar esta regulación a las cooperativas.

En el año 2006 ARGUDO PÉRIZ ya predijo la importancia y futuro auge de esta ADR en el campo de las cooperativas: “El extenso e intenso desarrollo previsible de la mediación, en el que las organizaciones cooperativas deberían jugar un papel destacado e innovador por ser el de las organizaciones de participación un campo muy propicio para utilizar este sistema de resolución de conflictos, vendrá determinado por la existencia de un marco legal comunitario y estatal estable y de mínimos y una normativa autonómica cooperativa⁸ en la que deberán introducirse reformas que faciliten la implantación de los nuevos mecanismos de resolución de conflictos (...)”⁹.

En otras Comunidades Autónomas se dio este paso mucho antes. Por ejemplo en la Comunidad Autónoma Vasca, donde el Reglamento sobre procedimientos de resolución de conflictos en las cooperativas vascas, que entró en vigor el 22 de septiembre de 2004, constituyó a Bitartu¹⁰. Inicialmente era el Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas que ejecutaba la administración de estos procedimientos de resolución de controversias. En la actualidad, es el Servicio Vasco de Arbitraje cooperativo el que aborda no solo el arbitraje, sino también la mediación y la conciliación¹¹.

Si examinamos el procedimiento que regula la mediación de las cooperativas vascas veremos que, en esencia, es muy similar al que regula la legislación autonómica valenciana. Así se dispone que el mediador debe procurar el acuerdo entre las partes, no teniendo poder de decisión, ni pudiendo imponer solución alguna a las mismas. El mediador no puede dar testimonio sobre la controversia sometida a la mediación en juicios, arbitrajes u otros procedimientos que se susciten

8. En estos momentos esos marcos estables son ya afortunadamente una realidad: por un lado tenemos la Ley de Mediación y el Real Decreto 980/2013 que la desarrolla a nivel nacional y el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo y la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación de la Comunitat Valenciana, a nivel autonómico.

9. ARGUDO PÉRIZ, J.L., “Los sistemas no adversariales de resolución de conflictos en la legislación cooperativa autonómica”, en GEZKI, nº 2, 2006, pp. 129 y 130.

10. NAGORE, I., “Bitartu, Servicio de resolución extrajudicial de conflictos en cooperativas vascas”, GEZKI, nº 0, 2004, p. 204.

11. Reglamento del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi sobre procedimientos de resolución de conflictos en las Cooperativas Vascas, publicado por la Resolución de 27 de enero de 2012, del Presidente del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

(art. 70 Reglamento del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi sobre procedimientos de resolución de conflictos en las Cooperativas Vascas)¹².

Encontramos alguna diferencia como por ejemplo, que la actividad del mediador tiene una duración máxima de dos meses prorrogables a petición expresa de las partes (art. 71 Reglamento del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi sobre procedimientos de resolución de conflictos en las Cooperativas Vascas).

A) Cuestiones generales

Los arts. 1 a 4 del Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo (en adelante Reglamento de Mediación) se dedican a cuatro cuestiones que la propia norma intitula como de carácter general.

El art. 1 se dedica a las definiciones de: mediación, persona mediadora, pacto de sometimiento de una controversia a mediación y acuerdo de mediación. Todo ello en línea con lo dispuesto en la Ley de Mediación.

Se añade en el número 3 del mismo artículo que: “los días se entenderán como días naturales. Por tanto en el cómputo de los plazos no se excluyen los días inhábiles; pero si el último día del plazo fuese inhábil en Valencia, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. El mes de agosto será inhábil a todos los efectos”.

El art. 2 delimita el ámbito de aplicación del Reglamento que queda circunscrito a las mediaciones administradas por el Consejo Valenciano del Cooperativismo que tengan lugar en los conflictos en materia de cooperativas que se planteen, directa o indirectamente, entre entidades cooperativas o entre éstas y sus personas socias o miembros. También se aplicará a las controversias internacionales cuando las partes decidan voluntariamente someter sus controversias a la mediación y al menos una de ellas tenga la condición de cooperativa valenciana.

El art. 3 establece las posibilidades para establecer la sede de la mediación según los siguientes criterios.

1) Las partes podrán acordar libremente la sede.

12. Entendemos que tras la publicación de la Ley nacional de Mediación ahora existen dos excepciones a la confidencialidad: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal (art 9 Ley de Mediación).

- 2) Si no hay acuerdo la determinará el Consejo Valenciano del Cooperativismo que también lo hará inicialmente si las partes no se pronuncian.

El Consejo determinará la sede atendiendo a las circunstancias del caso y a las propuestas de las partes. Si ambas cooperativas tienen su sede, o domicilio en caso de socios, en Valencia no tendría sentido que se estableciese un lugar distinto como sede de la mediación. Por el contrario si ambas partes tienen su sede o domicilio en localidades distintas de Valencia, lo lógico será que la mediación se desarrolle en cualquiera de esas localidades o en ambas de modo alternativo.

El Consejo pondrá a disposición de la mediadora lugares habilitados al efecto para el buen fin de la mediación.

Con el consentimiento de las partes será posible celebrar sesiones de mediación conjuntas o separadas en lugares distintos de la sede previamente establecida.

Como se ve prima en este punto, como en tantos otros, la libre voluntad de las partes actuando el Consejo Valenciano del Cooperativismo como un órgano facilitador para el buen fin del procedimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 206/2017, de 15 de diciembre, del Consell por el que se regula el Consejo valenciano del Cooperativismo¹³.

Las normas anteriores no se aplican si las partes optan por la mediación electrónica por el carácter deslocalizado de la misma.

Finalmente el art. 4 se refiere al estatuto y calidad de las personas mediadoras. Como dice ORDEÑANA GEZURAGA “(...) el elemento más importante de la mediación es el tercero mediador y la labor que éste realiza en aras a solventar el conflicto cooperativo (...) su tarea (...) consiste en asegurar que las negociaciones de las partes transcurran por sendas de paz y armonía, mitigando y desechando tensiones y obstáculos para el consenso. Realiza esta labor con escrupuloso respeto a la igualdad de las partes y sin poder, en ningún caso, presentarles propuestas de solución”¹⁴.

13. Art. 7 “Funciones en relación con la resolución extrajudicial de conflictos cooperativos.

El Consejo intervendrá en los conflictos que se planteen en materia cooperativa, entre entidades cooperativas o entre estas y sus socios y socias o miembros, a través de procedimientos de mediación, conciliación o arbitraje, conforme a lo establecido en este Decreto y en las normas que el propio Consejo establezca sobre los procedimientos de su intervención en los referidos medios de resolución extrajudicial de los conflictos cooperativos y la administración de los mismos.

14. ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Más allá del arbitraje cooperativo: la mediación cooperativa. Sobre la necesidad de fomentarla en el ordenamiento jurídico español a la luz del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en GEZKI, nº 8, 2012, p. 122.

El precepto arriba citado hace una remisión a la cualificación que exige la legislación en la materia y solo añade como requisito adicional para formar parte de la lista de mediadoras del Consejo Valenciano del Cooperativismo, el prestigio profesional en materia de cooperativas.

La formación que demanda el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, es de tres clases: básica, especializada y continua. Con carácter previo el mediador debe estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior.

La básica supone un mínimo de 100 horas de docencia efectiva de las cuales el 65% serán teóricas y el 35% prácticas.

La especializada atiende a los distintos ámbitos en los que puede ejercerse la mediación. Para el caso del cooperativismo ya hemos visto como el art. 4 del Reglamento aludía al prestigio profesional. Además el art. 8 de la misma norma referido al nombramiento de la persona mediadora, exige que al hacerlo se atienda a la especialidad de la materia objeto del conflicto.

La formación continua supone un mínimo de 20 horas cada 5 años y será de carácter eminentemente práctico.

Los centros o entidades de formación encargados de impartir estas materias serán públicos o privados y deberán contar con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la administración pública con competencia en la materia (art. 7 Real Decreto 980/2013).

B) Procedimiento de mediación

Como señala RAMOS “El objetivo de la mediación en las cooperativas, es la búsqueda de la calidad y mejora de las relaciones tanto internas como externas, además de la consecución de acuerdos adoptados conjuntamente en momentos en que el conflicto es de tal intensidad, que la comunicación es prácticamente imposible”¹⁵. Debemos decir que es tarea del mediador –a través de una buena aproximación en la fase inicial de la mediación– el conseguir que esa relación mínima sea factible. De otro modo no será viable proseguir con el procedimiento de mediación.

La mediación se llevará a cabo mediante tres fases que aparecen reguladas en el capítulo II del Reglamento de Mediación. Las denominaremos: fase preparatoria inicial, fase de consolidación y desarrollo y fase de terminación.

15. RAMOS, M.E.: “La gestión de conflictos en las cooperativas” en GEZKI, nº 2, 2006, p. 146.

b-1) Fase preparatoria inicial

La fase inicial puede comenzar, a su vez, de tres modos diferentes: por común acuerdo o pacto previo entre las partes, por iniciativa de una parte o por derivación judicial o arbitral. Esta última no se prevé expresamente en la norma pero nada impide que pueda tener lugar.

A los modos de inicio se dedican los arts. 5 a 7 del Reglamento de Mediación.

En el caso de pacto previo entre las partes y cuando una de ellas desee instar el inicio de la mediación, presentará una petición por escrito ante el Consejo Valenciano del Cooperativismo. Del mismo modo se procederá, conjunta o individualmente, cuando las partes de común acuerdo deseen comenzar el procedimiento de mediación o cuando solo una parte manifieste esa intención.

Una vez iniciado el procedimiento se procede a nombrar a la persona mediadora (art. 8). Será quien acuerden las partes y en caso de no haber consenso, el propio Consejo Valenciano del Cooperativismo se encargará de nombrar a la persona mediadora. En cualquier caso pertenecerá a la lista previamente confeccionada.

La mediadora será neutral, imparcial e independiente y deberá abstenerse de intervenir cuando se dé un conflicto de intereses con cualquiera de las partes. Deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad. En concreto el art. 8 del Reglamento de Mediación se refiere a tres situaciones:

- a) Cuando haya existido o exista cualquier tipo de relación personal, contractual, empresarial o profesional, con alguna de las partes que pudiera afectar al proceso¹⁶ de mediación
- b) Cuando del proceso de mediación pueda surgir cualquier tipo de interés económico o de otro tipo para el mediador de forma directa y/o indirecta
- c) Cuando la mediadora haya actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos la mediadora solo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

16. Habría sido técnicamente más acertado hablar de procedimiento y no de proceso de mediación, porque aquí no hacemos referencia a dos posiciones contrapuestas. Sin embargo, en aras a respetar, tanto la literalidad de las normas como las expresiones empleadas en las diferentes actas o formularios, nos veremos obligados a utilizar el término proceso del que ellas se sirven.

El hecho de que concurra una situación objetiva de parcialidad no implica necesariamente que la persona mediadora vaya a comportarse de un modo parcial. Simplemente se señala el riesgo de que lo haga. Es por ello que, a pesar de que concurra una situación parcializante, las partes pueden acordar continuar con la persona mediadora, que podría gozar de un prestigio profesional que garantice su adecuada actuación. Esto mismo sucede con los jueces aunque la manera de exteriorizarlo es diferente. En aquellos casos las partes optarán por no presentar su recusación.

El formulario que el Consejo Valenciano del Cooperativismo pone a disposición de las partes, para iniciar el procedimiento de mediación, es el siguiente:

Nº EXPEDIENTE			
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"><tr><td style="height: 20px;"> </td></tr><tr><td style="text-align: center; padding: 2px;">FECHA DE ENTRADA</td></tr><tr><td style="height: 20px;"> </td></tr></table>		FECHA DE ENTRADA	
FECHA DE ENTRADA			
SOLICITUD DE MEDIACIÓN AL CONSEJO VALENCIANO DEL COOPERATIVISMO			
DATOS DEL SOLICITANTE			
Nombre y apellidos/denominación social: _____ _____			
Dirección: _____			
Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____			
Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____			
Correo electrónico: _____			
Nombre y apellidos de su representante (en su caso): _____			
Condición que ostenta: _____			
Dirección: _____			
Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____			
Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____			
Correo electrónico: _____			
DATOS DE LA PERSONA RECLAMADA			
Nombre y apellidos/denominación social: _____ _____			
Dirección: _____			
Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____			
Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____			
Correo electrónico: _____			
Nombre y apellidos de su representante (en su caso): _____			
Condición que ostenta: _____			
Dirección: _____			
Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____			
Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____			
Correo electrónico: _____			

OBJETO DE LA SOLICITUD DE MEDIACIÓN

En consecuencia,

SOLICITA: tenga por interpuesta solicitud de mediación ante el Consejo Valenciano del Cooperativismo.

En su caso, PROPUESTA DE DESIGNACIÓN DE LA PERSONA MEDIADORA _____

ACEPTACIÓN DE PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

DOCUMENTACIÓN Y PRUEBAS QUE SE ADJUNTAN

En _____, a _____ de _____ de 20

FIRMA DE LA PERSONA SOLICITANTE

* En cumplimiento de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, se le informa que los datos personales que facilite se integrarán en un fichero del Consejo Valenciano del Cooperativismo, con la finalidad de gestionar el servicio de mediación solicitado. Sus datos personales serán comunicados al mediador correspondiente inscrito en el Registro de mediadores del Consejo Valenciano del Cooperativismo con la única y exclusiva finalidad de llevar a cabo la mediación solicitada. Presentar esta solicitud implica el consentimiento a esta cesión y también al tratamiento de los datos en el marco de la mediación civil y mercantil.

* Este procedimiento se sustancia por el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo aprobado por..... y publicado en...el...

Según indica el art. 20 del Reglamento de Mediación la cuantía del depósito para la admisión de la petición de mediación será de 100 euros que será reembolsable a petición de la parte que la haya sufragado una vez finalizada la mediación, salvo actitud manifiesta contraria a la buena fe apreciada en la parte solicitante.

Los honorarios y gastos que produzca la mediación no generarán obligación de pago para las partes pues correrán a cargo del Consejo Valenciano del Cooperativismo (art. 21 Reglamento de Mediación).

Una vez designada la mediadora, ésta citará a las partes para la celebración de la sesión informativa, salvo pacto en contrario de las partes. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de ellas a la sesión informativa, se entenderá que desisten de la mediación solicitada.

En esta sesión la mediadora informará a las partes acerca de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad así como de su profesión, formación y experiencia. También de las características y consecuencias jurídicas de una finalización con acuerdo del procedimiento (art. 10 Reglamento de Mediación).

El formulario que se utilizará en la sesión informativa y que tiene a su disposición el mediador a través del Consejo Valenciano del Cooperativismo, es el siguiente:

Nº EXPEDIENTE

**PARTICIPACIÓN EN SESIÓN INFORMATIVA DE MEDIACIÓN DEL
CONSEJO VALENCIANO DEL COOPERATIVISMO** Individual Conjunta**DATOS DE LAS PARTES**Nombre y apellidos/denominación social: _____

Nombre y apellidos de su representante: _____

Condición que ostenta: _____

- No ha asistido a la sesión informativa Ha asistido a la sesión informativa
- No desea mediar Pospone su decisión para un momento posterior

 Observaciones de las partes_____

- Este apartado se reproducirá tantas veces como partes haya en el procedimiento.

DATOS DE LA PERSONA MEDIADORANombre y apellidos: _____

Lugar y fecha, hora de inicio y de finalización de la sesión informativa

Observaciones de la persona mediadora

En _____, a _____ de _____ de 20

Fdo.....

FIRMA DE LA PARTE

Fdo.....

FIRMA DE LA PARTE

Fdo.....

FIRMA DE LA PERSONA MEDIADORA

* En cumplimiento de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, se le informa que los datos personales que facilite se integrarán en un fichero del Consejo Valenciano del Cooperativismo, con la finalidad de gestionar el servicio de mediación solicitado. Sus datos personales serán comunicados a la persona mediadora correspondiente inscrito en el Registro de mediadores del Consejo Valenciano del Cooperativismo con la única y exclusiva finalidad de llevar a cabo la mediación solicitada. Presentar esta solicitud implica el consentimiento a esta cesión y también al tratamiento de los datos en el marco de la mediación civil y mercantil.

* Este procedimiento se sustancia por el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo aprobado por..... y publicado en...el...

b-2) Fase de consolidación y desarrollo

A la fase de consolidación y desarrollo se dedican los arts. 11 y 12 del Reglamento de Mediación. Es en esta fase donde verdaderamente comienza la mediación, pues hasta que no se firma el acta constitutiva aceptando la mediación, no se inicia propiamente el procedimiento. En ese documento quedan reflejados todos los extremos relativos a esa concreta controversia, así como la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo mediante este método de resolución de conflictos.

El acta que se ofrece desde el Consejo Valenciano del Cooperativismo es la siguiente:

Nº EXPEDIENTE

ACTA CONSTITUTIVA Y DE ACEPTACIÓN DE LA MEDIACIÓN DEL CONSEJO VALENCIANO DEL COOPERATIVISMO

DATOS DE LAS PARTES

Nombre y apellidos/denominación social: _____

Dirección: _____

Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____

Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____

Correo electrónico: _____

Nombre y apellidos de su representante: _____

Condición que ostenta: _____

Dirección: _____

Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____

Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____

Correo electrónico: _____

Nombre y apellidos/denominación social: _____

Dirección: _____

Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____

Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____

Correo electrónico: _____

Nombre y apellidos de su representante: _____

Condición que ostenta: _____

Dirección: _____

Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____

Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____

Correo electrónico: _____

- Este apartado se reproducirá tantas veces como partes haya en el procedimiento.

DATOS DE LA PERSONA MEDIADORA

Nombre y apellidos: _____

Dirección: _____

Municipio/Provincia: _____ Código postal: _____

Teléfono: _____ Móvil: _____ NIF/NIE: _____

Correo electrónico: _____

Este apartado se reproducirá si hay más de una persona mediadora

NÚMERO DE SESIONES INICIALMENTE PREVISTAS _____

DURACIÓN MÁXIMA INICIALMENTE PREVISTA _____

IDIOMA Y LUGAR DE LA MEDIACIÓN _____

ACEPTACIÓN DE NOTIFICACIONES A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

Lugar y fecha, hora de inicio y de finalización de la sesión constitutiva

OBJETO DE LA MEDIACIÓN

CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Este proceso se ampara en lo dispuesto por la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y en las diversas Recomendaciones del Consejo de Europa y el resto de normativa europea, y se rige por los siguientes principios básicos:

1. La mediación se inicia de forma totalmente voluntaria. Del mismo modo puede terminar en cualquier momento del procedimiento por voluntad de una o ambas partes
2. Las partes, cuando lo consideren necesario, pueden solicitar la suspensión del proceso de mediación para pedir asesoramiento a sus abogados, peritos u a otros profesionales relacionados con los temas que sean objeto de la mediación
3. Las partes aportan la información necesaria para abordar los temas a gestionar y tratar de alcanzar las mejores decisiones consensuadas y plenamente informadas
4. Las partes y la persona o personas mediadoras tienen que asistir personalmente a las reuniones de mediación. No es posible la participación a través de representantes o intermediarios, aunque si pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia cuando la presencialidad simultánea de las partes no sea posible.

5. Toda la información tanto oral como escrita es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento, excepto en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

6. Las partes y la persona mediadora actuarán en todo momento de acuerdo a la buena fe.

7. Es conveniente que las partes reciban asesoramiento legal, a lo largo del proceso de mediación, si no lo han recibido de forma previa, en todos aquellos temas en que sea necesario.

8. La persona mediadora actúa en base al principio de imparcialidad, de igualdad de trato respecto a las partes y de neutralidad respecto a los acuerdos finales, que en todo caso, deben reflejar la voluntad de las partes.

9. La persona mediadora conduce el proceso de mediación, ayudando a las partes a tratar de forma colaborativa cada uno de los puntos discrepantes, favoreciendo los intereses comunes y el logro de consenso.

10. Cada sesión tendrá la duración máxima que las partes acuerden.

11. Al terminar el proceso de mediación las partes y la persona o personas mediadoras firmarán un acta final, en la que debe manifestarse si se han alcanzado o no acuerdos y en su caso, los acuerdos y compromisos alcanzados.

12. Según establece el art. 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la persona mediadora, o el depósito ante la institución de mediación en su caso. Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19 de la Ley, se reanudará el cómputo de los plazos. La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley

Las partes declaran haber sido informadas acerca de las características básicas de la mediación, manifiestan su voluntad de participar en la mediación y tanto las partes, como la persona mediadora se comprometen a aceptar y cumplir estos principios básicos.

Y para que así conste, se extiende y firma esta acta, que hace constar que, con la misma, se da inicio a la mediación y se entrega un ejemplar a cada una de las partes en el lugar y fecha indicados al pie

(En caso de que no se ha logrado el acuerdo de constitución, se levantará acta de que la mediación se ha intentado sin efecto).

En _____, a _____ de _____ de 20

Fdo..... Fdo.....

FIRMA DE LAS PARTES

Fdo.....

FIRMA DE LA PERSONA MEDIADORA

* En cumplimiento de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, se le informa que los datos personales que facilite se integrarán en un fichero del Consejo Valenciano del Cooperativismo, con la finalidad de gestionar el servicio de mediación solicitado. Sus datos personales serán comunicados a la persona mediadora correspondiente inscrito en el Registro de mediadores del Consejo Valenciano del Cooperativismo con la única y exclusiva finalidad de llevar a cabo la mediación solicitada. Presentar esta solicitud implica el consentimiento a esta cesión y también al tratamiento de los datos en el marco de la mediación civil y mercantil.

* Este procedimiento se sustancia por el Reglamento de mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo aprobado por..... y publicado en.....el.....

El procedimiento de mediación irá avanzando mediante las sucesivas sesiones progresivas que serán normalmente conjuntas pero también pueden ser privadas. A ello se refiere el art 12 del Reglamento de Mediación.

Las sesiones conjuntas o simultáneas serán el modo ordinario en el que se desarrollen las sesiones de mediación. En ellas, la parte mediadora, se reunirá al mismo tiempo con todas las partes mediadas, de modo que cada una tendrá cumplida y directa información de lo tratado en la sesión.

En las sesiones privadas el mediador se reunirá solo con uno de los mediados, comunicando al resto la celebración de la reunión, pero no su objeto. Del mismo modo se procederá con el resto de mediados para mantener la necesaria equidistancia con todos ellos.

La posibilidad de llevar a cabo estas sesiones privadas –que en el argot de la mediación se conocen como “caucus”– puede resultar chocante en un procedimiento que pretende fomentar la confianza de las partes en la resolución de su conflicto. Sin embargo sí que existen poderosas razones que aconsejan utilizar en algunos procedimientos esta clase de sesiones privadas. MARQUES CEBOLA señala hasta seis funciones y objetivos posibles: “(...) 1) generar confianza en las personas implicadas, procurando relajar la tensión emocional que podrá existir entre las partes; 2) esclarecer alguna cuestión que un mediado no quiere revelar frente a la otra parte; 3) ayudar a una parte a determinar si su posición es realista y posible, sin variar o debilitar su punto de vista ante el otro mediado; 4) obtener nuevas informaciones –o profundizar en las existentes– que puedan generar más alternativas de acuerdo; 5) separar a una parte de las amenazas y presión ejercidas por la otra; 6) interrumpir las reuniones conjuntas para variar el rumbo que ha tomado la discusión¹⁷”.

Creemos que el número 3 de la anterior enumeración merece un comentario al respecto. Que una parte determine si su posición en la controversia es realista o no, está vinculado a lo que se conoce como MAAN (Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado). Conviene que cada parte lo conozca antes de iniciar la mediación para saber qué es lo mejor que podría conseguir fuera de este procedimiento y así saber dónde está su límite.

“La MAAN consiste en la mejor solución que pueden obtener (las partes) para su conflicto sin el concurso de la mediación. Cuando las partes acuden a la mediación es porque buscan algo mejor que esa opción. Por eso mismo el progreso del

17. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 226.

procedimiento de mediación debe hacerse teniendo en cuenta los términos exactos de la MAAN, lo que permitirá a la parte retirarse de la mediación cuando confirme que el posible acuerdo final será peor que esa mejor alternativa al acuerdo negociado. (...). La MAAN actúa a modo de faro recordando a cada parte la conveniencia de permanecer o no en las aguas de la mediación, en función de la bondad del posible acuerdo (eventual mejor puerto), frente a la MAAN (puerto seguro que se conoce desde el principio)¹⁸”.

Si la parte no sabe bien cuál es su MAAN, una sesión privada puede ser una buenísima solución. “En el transcurso de la misma (el mediador) le ayudará a descubrir cuál es su situación real, sin la presencia incómoda del otro mediado que, involuntariamente, se convertiría en testigo de esa debilidad, pues adquiriría conocimiento preciso de cuál es la capacidad de maniobra del primer mediado ante el eventual pacto y de su ignorancia frente a esa relevante cuestión. La posición del mediado desconocedor del valor exacto de su MAAN es, ciertamente, una posición débil y, desde un punto de vista estratégico, conviene no exhibirla. El mediador, conociendo o sospechando esta situación, tiene la posibilidad de reequilibrar el procedimiento usando la sesión privada¹⁹”.

Volviendo a las sesiones conjuntas, durante el curso de las mismas la persona mediadora “tratará de conocer en profundidad el conflicto que ha llevado a las partes a enfrentarse. El objetivo de estas sesiones es intentar que la mediación llegue a buen puerto, aunque su consecución obedecerá a una multitud de factores. Algunos dependerán de las habilidades del mediador y otros de la buena disposición de las partes. En última instancia, si éstas consiguen escucharse entre sí y empatizar con el modo en que la otra parte ve el conflicto –aunque no se llegue a un acuerdo– la mediación habrá resultado útil²⁰”.

La participación en el procedimiento de mediación siempre es voluntaria. Cualquier participante es libre de retirarse en cualquier momento sin necesidad de la aprobación del resto de participantes.

La mediadora podrá suspender la mediación en los siguientes casos:

18. SANCHIS CRESPO, C., *Mediación y comunidades de vecinos. Un nuevo modo de solucionar viejos conflictos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 114 y 115.

19. *Idem*, p. 163.

20. *Idem*, p. 150.

1. Cuando exista, por cualquiera de las partes, algún incumplimiento de las reglas establecidas en el acta constitutiva²¹.
2. Cuando se acredite que alguna de las partes obstaculiza el procedimiento o actúa de modo contrario a las exigencias de la buena fe.

b-3) Fase de terminación

A la fase de terminación se dedican los artículos 15 a 17 del Reglamento de Mediación. El procedimiento puede concluir de dos maneras diferentes: sin acuerdo o con acuerdo. Esta última admite varias modalidades: acuerdo total o parcial sin más, acuerdo total o parcial que se homologue judicialmente o acuerdo total o parcial que se eleve a escritura pública.

Sin acuerdo

Las causas que permiten que una mediación termine sin acuerdo son múltiples. El art. 15 del Reglamento de Mediación las enumera, aunque hay que tener en cuenta que no tiene un carácter exhaustivo, pues cualquier otra causa que impida llegar a un acuerdo podría ser la causa del fracaso del procedimiento. Las causas son las siguientes:

- Falta de colaboración por alguna de las partes
- Incumplimiento de las reglas de mediación previamente establecidas
- Inasistencia no justificada de alguna de las partes
- Imposibilidad de alcanzar la finalidad perseguida
- Cuando la mediadora detecte que el conflicto debe ser abordado desde otra forma de intervención o tratamiento
- Si la mediadora estimara que el acuerdo al que se va a llegar es ilegal o de imposible cumplimiento
- Si la mediadora considerase que ya no se encuentra en condiciones de asegurar la imparcialidad necesaria para proseguir su labor
- Cuando la mediadora aprecie en alguna de las partes falta de capacidad para decidir y/o asumir los compromisos

21. Entendemos que se trata de un incumplimiento reiterado que la parte no tiene intención de rectificar.

- Cualquier otra circunstancia apreciada por la mediadora que vaya en contra de los principios de la mediación
- Cuando en el transcurso de la mediación, la mediadora crea que alguna de las partes, por cualquier circunstancia, no puede gobernarse por sí misma o no está dispuesta a participar libremente en el proceso, u observa posiciones irreconciliables, podrá plantear la cuestión a las participantes y/o podrá suspender temporal o definitivamente la mediación.

Como señala ORDEÑANA GEZURAGA “(...) la mediación cooperativa, aunque no llegue a buen puerto –o mejor, al puerto deseado– presenta unas bondades muy importantes, esenciales en el mundo de las cooperativas: en cuanto instrumento de paz social basado en el diálogo y entendimiento mutuo, ayuda a mejorar la calidad de las relaciones jurídicas internas y externas de la cooperativa, profundizando en la mutualidad que caracteriza este tipo de sociedad²²”.

Con acuerdo

El art. 17 del Reglamento de Mediación se dedica a la finalización del procedimiento con acuerdo.

En primer lugar el acuerdo puede ser total o parcial. En el segundo caso, para la parte del conflicto que quede irresoluta, pueden explorarse otras vías de resolución alternativa como la conciliación o el arbitraje. También puede llegarse a estas otras vías de resolución si en un momento determinado se piensa que es mejor cambiar el procedimiento. En este sentido señala SENENT VIDAL que “(...) puede ocurrir que durante la mediación las partes lleguen por sí mismas a un acuerdo resolutorio, pero también que acuerden reconvertir el proceso en una conciliación o en un arbitraje²³”. La autonomía de la voluntad de las partes está siempre presente, de modo que serán ellas mismas las que decidan cuál es la mejor vía para resolver su controversia. En esa búsqueda, nada obsta que dependiendo de los avances en el acercamiento de posiciones, los mediados cambien su percep-

22. ORDEÑANA GEZURAGA, I., ob. cit., p. 139.

23. SENENT VIDAL, M^aJ., “Capítulo XX. La resolución de conflictos en la cooperativa de trabajo asociado. Recursos internos. Arbitraje y competencia judicial”, en VV.AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (Dir. FAJARDO, G; Coord. SENENT VIDAL, M^aJ., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 465.

ción del conflicto y decidan, consecuentemente, variar el método de resolución de controversias.

El acuerdo tiene la naturaleza jurídica de un contrato y por tanto vincula a las partes como si de una ley se tratase, pero obviamente ello no excluye posibles futuros incumplimientos. Por ese motivo se prevé la posibilidad de que las partes de mutuo acuerdo eleven el acuerdo a escritura pública. En ese caso dejaría de ser un contrato privado para convertirse en un título con fuerza ejecutiva.

En la mayoría de mediaciones las partes cumplirán lo acordado, pues ellas mismas han decidido libremente dar esa solución a su conflicto. Pero cuando se produzca el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso, sería positivo que la parte no transgresora dispusiese de mecanismos ágiles y económicos que garantizaran el éxito final de la mediación.

En cuanto al proceso de ejecución aplicable, si se ha elevado el acuerdo a escritura pública, el art. 517.2.2º LEC, sitúa los acuerdos de mediación extrajudicial junto a los laudos o resoluciones arbitrales, es decir, los considera como título asimilado a los jurisdiccionales. Las consecuencias de ello son de calado²⁴. Como indica PARDO IRANZO “a pesar de que la LEC/2000, a diferencia de su predecesora, no distingue dos clases de procesos de ejecución (...) sí establece a lo largo de su articulado y para determinados aspectos soluciones diferentes en atención a si el título es judicial o extrajudicial²⁵”.

También es posible, en el caso de tratarse de una mediación derivada del juzgado, que se proceda a la homologación judicial, en cuyo caso también estaríamos ante un título con fuerza ejecutiva.

Si no se eleva a escritura pública ni procede la homologación judicial, contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Podemos ver todos los extremos que han de constar en el acta final en el siguiente formulario que nos ofrece el Consejo Valenciano del Cooperativismo, del cual se entregará un ejemplar a cada una de las partes reservándose otro la mediadora para su conservación.

24. SANCHIS CRESPO, C., *Mediación y comunidades de vecinos...*, ob. cit., p. 182.

25. PARDO IRANZO, V., “Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?”, AJA Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 856, jueves 24 de enero de 2013, p.7.

Nº EXPEDIENTE

ACTA FINAL DE LA MEDIACIÓN DEL CONSEJO VALENCIANO DEL COOPERATIVISMO

DATOS DE LAS PARTES FIRMANTES:

Nombre y apellidos/denominación social: _____

Nombre y apellidos de su representante: _____

Condición que ostenta: _____

Nombre y apellidos/denominación social: _____

Nombre y apellidos de su representante: _____

Condición que ostenta: _____

DATOS DE LA PERSONA MEDIADORA

Nombre y apellidos: _____

Lugar y fecha, hora de inicio y de finalización de la sesión final

RESULTADO DE LA MEDIACIÓN

- Con acuerdo total
- Con acuerdo parcial
- Sin acuerdo

En su caso, ACUERDOS DE MEDIACIÓN

Las partes declaran haber participado en la mediación de forma totalmente libre y voluntaria y manifiestan que este acta y, en su caso, el documento anexo con los acuerdos de mediación, reflejan fielmente el resultado del procedimiento. En el caso de haber llegado a acuerdos las partes se comprometen a cumplir con lo pactado.

Las partes declaran haber sido informadas de que según lo que prescribe el art. 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado en mediación

Y para que así conste, se extiende y firma esta acta con un ejemplar para cada una de las partes, en el lugar y fecha indicados al pie.

En _____, a _____ de _____ de 20

Fdo..... Fdo.....

FIRMA DE LAS PARTES

Fdo.....

FIRMA DE LA PERSONA MEDIADORA

* En cumplimiento de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, se le informa que los datos personales que facilite se integrarán en un fichero del Consejo Valenciano del Cooperativismo, con la finalidad de gestionar el servicio de mediación solicitado. Sus datos personales serán comunicados al mediador correspondiente inscrito en el Registro de mediadores del Consejo Valenciano del Cooperativismo con la única y exclusiva finalidad de llevar a cabo la mediación solicitada. Presentar esta solicitud implica el consentimiento a esta cesión y también al tratamiento de los datos en el marco de la mediación civil y mercantil.

* Este procedimiento se ha sustanciado por el Reglamento de Mediación del Consejo Valenciano del Cooperativismo aprobado..... y publicado por.....

C) *Otras cuestiones a considerar*

Tras los aspectos y fases consideradas del procedimiento de mediación, restan tres que tienen un carácter transversal y que, por ese motivo, son tratadas conjuntamente en este último lugar.

Se trata de la confidencialidad, la custodia y conservación del expediente y la responsabilidad de las personas mediadoras.

c-1) Confidencialidad

Como señala BARONA VILAR “una de las mayores riquezas que se ofrecen en el procedimiento de mediación es la de la exigencia de la confidencialidad, no solo de la misma existencia del procedimiento de mediación, sino también – obviamente – de su contenido, y afecta a los mediadores y a las personas que participen en la administración del procedimiento, eximiéndoles de la obligación de declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo. La regulación de este principio de confidencialidad tiene, por ello, dos vertientes: por un lado, la vertiente objetiva o de resultado en relación con lo que es y ha sido y se ha generado en el procedimiento de mediación y, por otro, una vertiente subjetiva, en relación con los sujetos que han tomado parte en la misma²⁶”.

En coherencia con lo dispuesto en la Ley de Mediación, el art. 18 del Reglamento establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la mediadora y las partes no podrán presentar como prueba, ni invocarán por ningún otro concepto, en un procedimiento judicial o de arbitraje:

- a) Las opiniones expresadas o las sugerencias hechas por una de las partes respecto a una posible solución de la controversia.
- b) Todo reconocimiento efectuado por una de las partes durante la mediación.

Asimismo el art. 13.1c) del Reglamento, dispone que las mediadoras no presentarán pericia o testimonio de parte en ningún proceso judicial ni de arbitraje que

26. BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.191.

las partes puedan llevar a cabo y en los que se conozcan iguales pretensiones que las sometidas a mediación.

No afectará a la confidencialidad la publicación, por parte del Consejo Valenciano del Cooperativismo, de estadísticas globales, a condición de que tal información no permita que se revele la identidad de las partes ni las circunstancias particulares de la controversia (art. 15.3 del reglamento de Mediación).

c-2) Custodia y conservación del expediente

El art. 14 del Reglamento de Mediación dispone qué ha de hacerse con toda la documentación generada por el procedimiento de mediación. Es un fiel reflejo de lo establecido en el art. 22 de la Ley de Mediación.

Se distingue entre los materiales que las partes han aportado y el resto de documentación generada como pueden ser las actas, las anotaciones de la mediadora, etc.

Los materiales que las partes hayan aportado les serán devueltos. Con el resto se formará un expediente que se custodia por el Consejo Valenciano del Cooperativismo por un plazo de 4 meses. La Ley de Mediación da la posibilidad de que sea la mediadora la que personalmente conserve el expediente o de que lo haga la institución. Vemos como el Reglamento de Mediación se ha decidido por esta segunda opción.

No se dice qué sucederá con esos materiales una vez transcurridos los 4 meses de plazo. Lo lógico será que esa documentación pueda destruirse aunque se guarde registro informático y estadístico del procedimiento llevado a cabo y de su finalización con o sin éxito.

c-3) Responsabilidad de las personas mediadoras

Según el art. 19 del Reglamento de Mediación “la aceptación de la mediación obliga a las mediadoras a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. La persona perjudicada tendrá acción directa contra la mediadora.

Sobre este particular la Ley de Mediación se pronuncia también sucintamente derivando a un futuro desarrollo reglamentario los detalles para la exacción de esta responsabilidad profesional de las mediadoras²⁷.

27. Disposición Final Octava.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, se ha encargado de especificar, en sus arts. 26 a 29, las condiciones que han de satisfacerse para que la responsabilidad de las personas mediadoras quede garantizada al inicio del procedimiento.

Según el art. 26 del Real Decreto todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función.

El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente del mediador comprenderá la cobertura de todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por su actos y omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.

En cuanto a la suma asegurada, que lo será por siniestro y anualidad, se dice de ella que será proporcional a la entidad de los asuntos en que intervenga el mediador. Éste deberá informar a los mediados, antes de iniciarse el procedimiento, de la cobertura de su responsabilidad civil, dejando constancia de la misma en el acta inicial. Esto permitirá a las partes valorar si la suma asegurada es suficiente y si no les pareciera así siempre podrían iniciar los trámites con otro mediador con una suma asegurada de más entidad.

Junto a todo ello, las instituciones de mediación tienen a su vez la obligación de contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde, de acuerdo con la Ley de Mediación, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador.

IV. A modo de epílogo

En el ADN de las cooperativas está la autorregulación y el modo más coherente de autogestionarse cuando surge un conflicto, es acudir a la mediación. Ello es así porque este método de resolución de controversias permite que cada caso “se corte un traje a la medida” para solucionar su momentánea situación de parálisis creada por la divergencia de opiniones en torno a un tema que debe ser pacífico. Al otorgarse recíprocamente los mediados el acuerdo de mediación, y no ser por tanto, imposición de un tercero, es mucho más factible que lo pactado se cumpla de manera voluntaria.

Se ha dicho de la mediación que es una rotonda en la vida y un modo más civilizado que el proceso judicial o el arbitraje para la resolución de controversias. Y no les falta razón a esas afirmaciones.

Por un lado, podemos calificar a la mediación de rotonda porque nos permite, al igual que esas plazas circulares, el reflexionar un tiempo prudente antes de elegir por qué lugar es mejor transitar para terminar con la situación que está entorpeciendo el desarrollo de nuestra normal actividad.

Por otro lado, es un modo más civilizado que el proceso o el arbitraje para resolver conflictos, porque los mediados no se desentienden del problema asignando la tarea de solucionarlo a un tercero, sino que ellos mismos se implican para llegar al mejor de los desenlaces, demostrando así que, aunque la convivencia no siempre sea fácil, las situaciones comprometidas se resuelven siempre mejor desde una fórmula *win-win* que desde la tradicional *win-lose*.

No obstante, la mediación no es una panacea que pueda resolver cualquier controversia. En determinadas situaciones, el conflicto se halla enquistado de tal modo que resulta imposible el acercamiento de posiciones de los mediados mediante la identificación de intereses comunes. Sin embargo, en los casos en que funciona es un instrumento útil y terapéutico como remedio para el tratamiento del conflicto y como rehabilitador de las relaciones sociales dañadas.

Por todo ello nos parece un gran acierto que la Generalitat Valenciana a través de la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, haya llevado a cabo la publicación del Reglamento de Mediación del Consejo valenciano del Cooperativismo y esté haciendo todo lo necesario para que su implantación sea un éxito. Desde estas páginas hacemos un llamamiento a aquellas Comunidades Autónomas que no prevén una normativa específica de mediación para las cooperativas. Es importante que legislen al respecto, en el convencimiento de que ello supondrá potenciar un estupendo instrumento de pacificación social al servicio del cooperativismo.

Bibliografía

- ALBA, J.: “Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio”, Noticias Jurídicas, Mayo 2013.
- ARGUDO, J.L.: “Los sistemas no adversariales de resolución de conflictos en la legislación cooperativa autonómica”, en GEZKI, nº 2, 2006.
- BARONA, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE LUISE, D. & MORELLI, M.: “Mediación comunitaria y territorios: Investigación, formación e intervención” en *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación, Ponencias de expertos en mediación*, Valencia del 18 al 21 de octubre de 2012.
- GONZÁLEZ, M^ªI.: “Los métodos alternativos de resolución de conflictos” en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, SOLETO, H. & OTERO, M., (Coordinadoras), Ed. Colex, Madrid 2010.
- MARQUÉS, C.: *La mediación*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- MUNNÉ, F. & VIDAL, A.: *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.
- NAGORE, I.: “Bitartu, Servicio de resolución extrajudicial de conflictos en cooperativas vascas” en GEZKI, nº 0, 2004.
- ORDENANA, I.: “Más allá del arbitraje cooperativo: la mediación cooperativa. Sobre la necesidad de fomentarla en el ordenamiento jurídico español a la luz del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en GEZKI, nº 8, 2012.
- PARDO, V.: “Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?”, AJA Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 856, jueves 24 de enero de 2013.
- PARDO, V.: (Directora), *La mediación. Algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RAMOS, M.E.: “La gestión de conflictos en las cooperativas” en GEZKI, nº 2, 2006.

- SÁEZ, R. & ORTUÑO, P. (directores): *Alternativas a la judicialización de los conflictos: La mediación*, CGPJ, Centro de Documentación judicial, Madrid 2007.
- SANCHIS, C.: *Mediación y comunidades de vecinos. Un nuevo modo de solucionar viejos conflictos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- SEMENT, M^aJ.: “Capítulo XX. La resolución de conflictos en la cooperativa de trabajo asociado. Recursos internos. Arbitraje y competencia judicial”, en VV. AA., *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores* (Dir. FAJARDO, G.; Coord. SEMENT, M^aJ., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SOUZA, J.E.: “A Mediação Co-operativa como Instrumento para Solução de Conflitos: Uma Proposta para Prevalência dos Valores Co-operativos”, en Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, núm. 39.
- VALERO, J. & COBAS, M^aE.: “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Aproximación a la cuestión”, en Diario La Ley nº 7987, 19 de diciembre de 2012.
- VIOLA, I.: “La confidencialidad en el procedimiento de mediación” en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña*, LAUROBAE., BARRAL, I. & VIOLA I. (Directoras), TARABAL, J. & ESTEVE G. (Coordinadores), Ed. Generalitat de Catalunya, Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2011.
- ZAERA, J.I., MONZÓN, B. & OLMEDO, M^aT.: *Guía práctica de mediación. 100 preguntas y respuestas para abogados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZAMORA, M^aE.: “Mediación, una alternativa en crecimiento” en Diario La Ley, núm. 6170, 18 de enero de 2005.

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

Coordina: **Isabel Rodríguez Martínez**

Cat. de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia

Miriam Monjas Barrena

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2017, unificación de doctrina (RJ 2017, 928)

Cecilio Molina Hernández

Ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra el consejo rector de una sociedad cooperativa, en una situación de “cierre de facto”, sin previa disolución y liquidación. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 27 de febrero de 2017

Gemma Fajardo García

Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº2263/2018, de 18 de mayo (Social)

Mª José Arnau Cosín

Reconocimiento de la prestación por jubilación anticipada involuntaria al socio de una cooperativa de trabajo asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2019, unificación doctrina (RCUD 1741, 2017)

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, DE 24 DE ENERO DE 2017, UNIFICACIÓN DE DOCTRINA (RJ 2017, 928)

Miriam Monjas Barrena

Profesora de Derecho del Trabajo

Centro de Estudios Garrigues

La sentencia escogida, de la que es ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel García de la Serrana, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción, al existir diferencias fácticas con trascendencia jurídica en la sentencia aportada como de contraste que impiden entrar a conocer del fondo del asunto.

I. Planteamiento

Este recurso tiene su origen en la reclamación planteada por cuatro socios de una cooperativa de trabajo asociado frente al Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) en relación con la responsabilidad subsidiaria de este organismo en el pago del 60% de las cantidades adeudadas por la cooperativa insolvente en concepto tanto de indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales como de determinados salarios adeudados a aquéllos.

1. Antecedentes del conflicto

Los antecedentes fácticos que conducen al pronunciamiento del Tribunal Supremo aquí comentado pueden exponerse como sigue:

- El conflicto se origina a partir de la extinción por causas económicas de los contratos de cuatro socios trabajadores que prestan sus servicios para la coope-

rativa de trabajo asociado “La Puebla SCCL”. Ante la falta de pago de las cantidades adeudadas, los cooperativistas plantean las siguientes acciones sobre la base del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores (actualmente derogado)¹:

- * Por un lado, reclaman del FOGASA el 40% del importe de la indemnización correspondiente a la extinción del contrato, así como determinadas cantidades por salarios adeudados. El 4 de febrero de 2011, el citado organismo resuelve el oportuno expediente administrativo denegando la solicitud de los trabajadores por aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de la Seguridad Social. Hay que advertir de que el contenido de este precepto, derogado a partir del 1 de enero de 2016, ha sido recogido por el artículo 14.3 del actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, TRLGSS). En efecto, el citado precepto señala que “En todo caso, no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial”. Esta resolución denegatoria del FOGASA no fue recurrida por los solicitantes.
- * Simultáneamente, los socios cooperativistas reclaman judicialmente de la empleadora (y subsidiariamente del FOGASA) el 60% restante del importe de la indemnización por extinción contractual, así como de determinados salarios adeudados. El 27 de mayo de 2011, el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona dicta sentencia condenando a la cooperativa al pago de las cantidades reclamadas pero absolviendo al FOGASA de su responsabilidad subsidiaria por falta de solicitud previa en la vía administrativa. Esta

1. El precepto indicado venía a señalar que “8. En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No será de aplicación el resarcimiento por el Fondo de Garantía Salarial en las extinciones que hayan sido declaradas como improcedentes, tanto en conciliación administrativa o judicial como mediante sentencia”.

Sin embargo, este número 8 del artículo 33 fue derogado por la reforma de 2012 por lo que, ya desde el 1 de enero de 2014, el FOGASA no abona parte alguna de la indemnización por despido objetivo de los trabajadores con contrato indefinido en empresas que dispongan de una plantilla inferior a los 25 trabajadores, siendo desde entonces asumido el pago íntegro de la indemnización por el empleador.

sentencia no fue objeto de recurso y durante su ejecución sobrevino la declaración de insolvencia total de la empresa.

- Así las cosas, el 18 de enero de 2012 los socios solicitan del FOGASA el abono de las cantidades a cuyo pago había sido condenada la cooperativa en la sentencia precitada y este organismo deniega tal solicitud mediante resolución, notificada a los trabajadores cooperativistas el 8 de enero de 2013, es decir, casi 12 meses después y sobre la base, una vez más, de la Disposición Adicional Cuarta de la LGSS (hoy, artículo 14.3 del TRLGSS).
- A la vista de la misma, los socios trabajadores plantearon demanda, registrada con fecha de 9 de enero de 2013, reclamando del FOGASA las cantidades adeudadas por la empresa insolvente, en los términos que se tratan a continuación.

2. La sentencia de instancia

El Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona resuelve mediante sentencia de 21 de noviembre de 2014 estimando la pretensión de los socios cooperativistas y condenando al FOGASA al abono de las cantidades reclamadas. La argumentación jurídica de la sentencia puede sistematizarse como sigue:

- En primer lugar, recuerda el Juzgado que en su sentencia de 27 de mayo de 2011 ya había condenado a la empresa al pago del 60% del importe correspondiente a las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales y de los salarios adeudados y que, en fase de ejecución, sobrevino la declaración de insolvencia total de la empresa.
- Como consecuencia de ello, los demandantes presentan sus respectivas solicitudes, fechadas el 18 de enero de 2012, reclamando el pago de dichas cantidades al FOGASA en vía administrativa. La sentencia reproduce textualmente el pie del modelo oficial de aquéllas en el que se dice que “con la presentación de la solicitud se admite a trámite el presente expediente administrativo, que se resolverá en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha de registro de entrada en la Unidad del Fondo de Garantía Salarial competente. Aunque en todo caso se dictará resolución expresa conforme a Derecho (...), los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes, excepto en los procedimientos iniciados de oficio, en los que el silencio administrativo tiene sentido desestimatorio”. Ello supone la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo que recoge el artículo 43.1 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El contenido de este precepto (hoy derogado) ha sido recogido, en términos prácticamente idénticos por el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)².

- De este modo, en el presente supuesto, el transcurso del vencimiento del plazo máximo de tres meses sin que haya recaído resolución expresa en el expediente supone que los interesados ven estimadas sus solicitudes por silencio administrativo y, todo ello, sin que decaiga al obligación del FOGASA de dictar tal resolución que, en todo caso, solo puede ser confirmatoria del silencio administrativo ya producido.
- En definitiva, los efectos estimatorios de dicho silencio administrativo positivo no pueden quedar enervados por una resolución denegatoria expresa posterior lo que conduce al Juzgado a mantener aquéllos estimando la demanda y condenando al FOGASA al abono de las cantidades reclamadas.

3. El recurso de suplicación

Esta sentencia es recurrida por el Fondo de Garantía Salarial ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que va a estimar dicho recurso, revocando la

2. Según este precepto, “1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general”

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado”.

sentencia de instancia y absolviendo al organismo público sobre la base de los dos siguientes argumentos:

- En primer lugar, el TSJ considera que la primera sentencia dictada por el Juzgado de lo Social con fecha de 27 de mayo de 2011, en la que ya se absolvió al FOGASA del pago del 60% de las cantidades reclamadas por falta de agotamiento previo de la vía administrativa, tiene efectos de cosa juzgada sobre la posterior sentencia del mismo Juzgado, de 21 de noviembre de 2014, que es la que ahora se recurre pues en ambas concurre idéntico objeto procesal.
- En segundo lugar y, sobre todo, el Tribunal Superior de Justicia afirma que no es posible aplicar los efectos estimatorios del silencio administrativo positivo cuando no existe ningún reconocimiento legal del derecho material a la prestación que se pretende. En efecto, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de la Seguridad Social excluye claramente a las cooperativas de trabajo asociado del régimen legal de cotizaciones y prestaciones del FOGASA y, en consecuencia, no se puede pretender que prevalezca el silencio administrativo positivo como acto que finaliza el procedimiento cuando falta la cobertura legal sustantiva para acceder a la prestación pretendida por parte de los cooperativistas de trabajo asociado.

4. El recurso de casación para la unificación de doctrina

Así las cosas, los socios trabajadores deciden interponer recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de suplicación que absuelve al FOGASA del pago, como responsable subsidiario, de las cantidades a que había sido condenada la cooperativa insolvente.

Y para apoyar la contradicción de doctrinas que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (y que se tratará a continuación), aportan la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015, alegando que en ésta última, ante un mismo supuesto de reclamación de prestaciones a cargo del FOGASA, y dictándose por éste resolución denegatoria más allá del plazo del tres meses, el Alto Tribunal sí que aplica los efectos estimatorios del silencio administrativo positivo³.

3. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2015 (RJ 2015, 989).

Queda planteado de este modo el recurso de casación para la unificación de doctrina con el que concluye el *iter* procesal de este conflicto y que da lugar, a la postre, a la resolución aquí comentada.

5. El objeto del proceso o cuestión debatida

En palabras del propio Tribunal Supremo, la cuestión planteada en este recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la respuesta denegatoria del FOGASA en cuanto a las cantidades reclamadas, notificada después de tres meses desde la fecha de la solicitud es válida, dadas las circunstancias del caso o, si por el contrario, deben operar los efectos positivos del silencio administrativo (dando por estimada tal solicitud), lo que impediría una resolución posterior desestimatoria de la misma, aunque exista una norma legal que justifique expresamente tal denegación.

II. La fundamentación jurídica de la sentencia

El razonamiento jurídico del Alto Tribunal que desemboca en la sentencia desestimatoria se funda únicamente en la ausencia de la necesaria contradicción entre sentencias que permita entrar a resolver sobre el fondo del asunto, es decir, dar respuesta a la cuestión debatida, conforme a los requisitos exigidos por el artículo 219 de la LJS para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina⁴.

Sin embargo, a lo largo de tal fundamentación, el Alto Tribunal deja traslucir el acogimiento de los motivos en los que se apoya el fallo revocatorio de la sentencia de duplicación recurrida y, por tanto, da respuesta (aunque sea de modo hipotético) a la cuestión material planteada, en los términos ya señalados; así:

1. Sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina

Como es de sobra conocido, este recurso tiene naturaleza extraordinaria pues su finalidad primordial es la de mantener la supremacía jurisdiccional del Tribunal

4. Según el artículo 219.1 de la LJS “ El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en duplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia,

Supremo y la homogeneidad de sus criterios interpretativos en el ámbito jurisdiccional social. Este carácter excepcional impone la sujeción del mismo a una serie de exigencias o presupuestos que son objeto de un severo control por parte del propio Tribunal Supremo. Entre ellos, aparece el de “la necesaria y previa contradicción entre sentencias cuya falta impide incluso el examen de las cuestiones de orden público judicial, como las de competencia jurisdiccional”⁵.

Por tanto, lo primero que va a hacer el Tribunal es examinar si las sentencias comparadas son contradictorias en los términos previstos en el artículo 219 de la LJS, aplicando así la reiterada doctrina de la propia Sala a este propósito:

- El Alto Tribunal debe partir de la comparación entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser (salvo en el supuesto contemplado en el número 2 del citado artículo) una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como es el caso.
- Esto sentado, la contradicción no solo requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sino que además éstos recaigan sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias sustancialmente iguales.
- Aunque no se exige una identidad absoluta sí que es preciso, como señala el mencionado precepto, que respecto de los mismos litigantes o de otros en la misma situación, se haya llegado a decisiones diversas a pesar de tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”⁶.
- La identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que se ha planteado el debate en suplicación.
- Además, los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias sino los de las pretensiones y resistencias de las partes.
- Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposi-

que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes o de otros en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos o pretensiones sustancialmente iguales, se hubiese llegado a pretensiones contradictorias”.

5. Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2000 (RJ 2000, 5964).

6. Por todas, STS, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 7421).

ción de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales⁷.

2. Sobre la falta de contradicción en el presente caso

Sobre los mimbres arriba señalados, el Tribunal Supremo concluye que no concurre la contradicción entre doctrinas que exige el artículo 219 de la LJS, y ello a través del razonamiento que sigue:

Es cierto que concurren algunas semejanzas entre los supuestos comparados, es decir, entre la sentencia recurrida y la de contraste; así:

- En los dos casos, estamos ante reclamaciones de prestaciones a cargo del FOGASA, sobre la base del artículo 33 del ET.
- También en ambos supuestos, el FOGASA dicta resolución fuera del plazo de tres meses previsto.
- Como consecuencia de ello, aparece en los dos procesos la cuestión de la aplicación de los efectos positivos o negativos del silencio administrativo en orden a la estimación o no de la solicitud, recayendo en uno y otro caso sentencias divergentes.

No obstante lo anterior, el Tribunal considera que existen elementos fácticos diferenciadores con gran trascendencia jurídica y que, en consecuencia, dan lugar a un debate jurídico distinto en la sentencias recurrida y de contraste. En concreto, el Tribunal señala tres diferencias sustanciales que, de menor a mayor relevancia, van a determinar la falta de contradicción y, en consecuencia, la desestimación del recurso:

1. En la sentencia de contraste se reclama el 40% del importe de la indemnización (que corre a cargo del FOGASA) mientras que en la sentencia aquí recurrida la reclamación es del 60% de indemnización (que es a cargo de empresa insolvente), más determinadas diferencias salariales. Además, esta reclamación tiene su origen en una sentencia anterior del mismo Juzgado en la que ya se había condenado a la empresa al pago de dichas cantidades y, lo que es

7. SSTS, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2019 (RJ 2019, 1532) y de 9 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2356), entre otras.

más importante, también había absuelto al FOGASA de la responsabilidad subsidiaria en el pago de dichas cantidades, so pretexto de la necesidad de un expediente administrativo previo. Entiende el Tribunal que la falta de impugnación de esta sentencia puede producir efectos de cosa juzgada sobre la sentencia ahora recurrida.

2. Otra diferencia relevante entre la sentencia recurrida y la de contraste es que en la primera la empleadora deudora es una cooperativa de trabajo asociado en la que los demandantes tenían la cualidad de socios y, por tanto, eran responsables de las deudas de aquélla, mientras que en la sentencia de contraste no se da esta circunstancia. Por lo tanto, en la segunda no se utilizó (pues no era posible) el argumento de que el FOGASA no tiene responsabilidad en el pago de prestaciones en el caso de socios de cooperativas de trabajo asociado. Esta diferencia es muy relevante porque sirve a la sentencia aquí recurrida para fundamentar la revocación la sentencia de instancia, es decir, que el silencio administrativo no puede producir el efecto de conceder al socio de una cooperativa de trabajo asociado el pago de una prestación que la ley no le reconoce, gracias a la demora en resolver por parte del FOGASA.
3. Además, existe una tercera diferencia definitiva para el Tribunal Supremo pues, tal y como se alegó en el recurso de suplicación, los actores (hoy recurrentes) ya habían reclamado previamente del FOGASA el importe del 40% de las indemnizaciones y este organismo, en resolución expresa, ya les denegó la solicitud sobre la base de la Disposición Adicional Cuarta de la LGSS (hoy artículo 14.3 del TRLGSS). Con posterioridad a esta resolución (que no fue impugnada) recaen las dos sentencias del Juzgado número 10 de Barcelona, la primera, la que absolvió al FOGASA y, la segunda, la que le condenó y después fue revocada por la sentencia de suplicación aquí recurrida.
De acuerdo con estos antecedentes, el Tribunal Supremo concluye que no ha existido silencio administrativo pues cuando se solicitó el pago del 60% al FOGASA, a causa de la insolvencia de la empresa, los recurrentes ya sabían que no tenían derecho al mismo porque ya habían recibido una primera respuesta negativa del FOGASA fundada en el mismo hecho, la extinción de sus contratos por parte de la cooperativa empleadora.

III. El fallo de la sentencia

1. Los criterios de la resolución

En lo que hace a la cuestión de la falta de contradicción, la sentencia recoge la reiterada doctrina de la Sala en esta materia, ya apuntada. En particular, se recalca que el la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas de las sentencias, sino de una divergencia entre pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Además, la Sala hace suyo el criterio de la sentencia de suplicación, rechazando que el silencio administrativo positivo pueda producir efectos estimatorios cuando falta la cobertura legal del derecho material pretendido.

2. El fallo

Como ya se ha señalado, las diferencias fácticas reseñadas llevan al Tribunal a apreciar la falta de contradicción de las sentencias comparadas en los términos requeridos en el artículo 219 de la LJS y, en consecuencia, a la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. A modo de conclusión

Como reconoce la propia sentencia, la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste podría haber justificado claramente la inadmisión del recurso por falta de concurrencia de un requisito de orden público procesal. No obstante, puede intuirse que el Tribunal Supremo opta por “dejar paso” al recurso para desestimarlo después con la intención de recalcar lo que sigue:

Los socios trabajadores no podían dejar de saber que no tenían derecho a obtener la prestación reclamada del FOGASA porque este organismo así se lo había dicho en una resolución expresa anterior sobre idéntico objeto que, además, no recurrieron. No parece de recibo entonces que pretendan ampararse en la aplicación de las reglas del silencio administrativo positivo para obtener un resultado distinto al que prevé con toda claridad el ordenamiento jurídico cuando afirma que “no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado (...) las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial”.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA EL CONSEJO RECTOR DE UNA SOCIEDAD COOPERATIVA, EN UNA SITUACIÓN DE “CIERRE DE FACTO”, SIN PREVIA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN¹

Comentario a la STS, Sala 1ª, de 27 de febrero de 2017

Cecilio Molina Hernández

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil

Universidad CEU San Pablo

I. Consideraciones generales. La responsabilidad del Consejo Rector de las sociedades cooperativas

El tema de fondo de esta sentencia radica en la reclamación de responsabilidad contra los administradores e interventor de una sociedad cooperativa. En concreto, nos encontramos con una deuda contraída frente a una compañía aseguradora y que, para eludir su pago, los administradores de la sociedad procedieron al cierre de facto de la compañía, sin previa disolución y liquidación de la cooperativa.

A. El régimen de responsabilidad de los administradores

El régimen de responsabilidad aplicable a los administradores de una cooperativa se centra en la conocida como *responsabilidad por daños*, prevista en el artí-

1. Este trabajo se encuentra dentro del marco de los proyectos de investigación de referencia DER2016-76916-R (AEI/FEDER, UE) “Interés social y equilibrio en el gobierno corporativo: deberes de los administradores y deberes de los socios” y FUSPBS-PPC21/2015 “Gobierno corporativo e interés social: responsabilidad de los administradores y deberes de los socios”, cuyo investigador principal es Alfonso Martínez-Echevarría.

culo 43 de la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, sin perjuicio de otros artículos vinculados directamente al ejercicio de la acción de responsabilidad y otros que se refieren a casos concretos de responsabilidad, pero siendo todos ellos ejemplos de la responsabilidad por daños. Junto a ella, hemos de hacer referencia a dos supuestos más de responsabilidad, como son la “*responsabilidad sanción*” por no instar la disolución, y la *responsabilidad concursal*.

Nos encontramos con un sistema legislativo altamente complejo, dado el diferente tratamiento que, sobre la cuestión de la responsabilidad de administradores de cooperativas, encontramos en la actualidad. Si bien es cierto que el precepto anterior remite al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues establece que la responsabilidad de los administradores se acogerá a “lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas”, en las Comunidades Autónomas encontramos con algunas previsiones distintas, acarreado una evidente inseguridad jurídica.

En lo que respecta a la responsabilidad por daños, es aquella que puede reclamarse cuando la propia cooperativa, los socios o terceros sufren un daño por la conducta activa u omisiva de los administradores, en una clara vulneración de la ley, los estatutos, o sus deberes de actuación, y existiendo una relación de causalidad entre esa conducta y el daño sufrido.

Junto a la responsabilidad por daños, otra responsabilidad que tiene una gran incidencia en la actuación de los administradores en el caso de las sociedades de capital es la denominada responsabilidad por deudas por no disolución de la sociedad, o “responsabilidad sanción” en el caso de las cooperativas. La cuestión central de esta Sentencia que comentamos no es otra que ésta; en este sentido, a tenor del artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, los administradores responderán solidariamente de las deudas de la sociedad que sean posteriores a la causa de disolución, por incumplir los administradores la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Si acudimos a la *Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*, en ella no se incluye referencia a la causa de disolución por pérdidas o a una posible responsabilidad de los miembros del Consejo Rector, sino que su artículo 70 se limita

a señalar las causas de disolución, o que el Consejo Rector debe convocar la Asamblea General en el plazo de un mes desde que se haya constatado su existencia, para adoptar el acuerdo de disolución, pero no hay ninguna mención a la responsabilidad en la que incurrirían si no llevan a cabo la convocatoria, como sí se prevé en cambio en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, o en algunas normativas de cooperativas autonómicas. En este último caso, la referencia a la *responsabilidad sanción*, como en otros casos, recibe un tratamiento diferenciado y que, como se podrá observar en otras partes de este trabajo, hace que se incurra en una evidente situación de inseguridad jurídica.

No obstante, el incumplimiento de las obligaciones previstas en orden a la promoción de la disolución por parte de los administradores de una sociedad cooperativa constituye una causa de responsabilidad, que permite a los acreedores, como en el caso que nos ocupa, o a los socios a los que se lesione directamente su interés, acudir al ejercicio de una acción individual de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector.

B. Los deberes de los administradores

Como consecuencia de la cuestión de fondo planteada en la Sentencia cuyo comentario realizamos, nos parece que la actuación de los administradores de la cooperativa incurre en un claro incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores de las sociedades de capital. Por esta razón, nos parece acertado incorporar, de forma breve, el contenido de estos deberes que, en cualquier caso, deberán cumplir los administradores de las sociedades cooperativas.

1. El deber de diligencia

1.1. El contenido

El *deber general de diligencia*² queda consagrado en la actualidad en el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba

2. Sobre esta cuestión, véase MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, “Gobierno corporativo y entidades de crédito. Especial referencia al deber de diligencia de los administradores en los contratos con cláusulas suelo”, *La Ley Mercantil*, núm. 39, 2017, pp. 9-10.

el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud del cual, *el administrador de toda sociedad de capital deberá ejercitar sus funciones, en el cumplimiento de la ley, como si se tratase de un ordenado empresario*³. Originariamente, y en un claro equívoco del legislador⁴, aparecían conjuntamente los deberes de diligencia y de lealtad, hasta que se desvincularon en la normativa actual, para proceder a la exigencia, como se ha visto, de una actuación responsable similar a la de un empresario⁵.

Se exige o se espera de ellos una actuación *responsable*, más allá de la de un buen padre de familia, quien se preocupa fundamentalmente por la conservación de un patrimonio, en la que fundamentalmente ha de buscar el interés social; interés social que, en las sociedades no cotizadas, quizá el interés del gestor no difiera en exceso a la de los propietarios de las acciones, pero que probablemente en las grandes sociedades podría ser distinto. Por tanto, en sentido estricto, se espera del administrador que sea un gestor prudente, actuando con cuidado, dedicación, previsión y pericia⁶.

El deber general de diligencia plantea fundamentalmente dos problemas: el primero, relativo a la estructura del órgano de administración de cada sociedad y, el segundo, en cuanto a la necesitada mayor concreción del contenido de este deber.

En cuanto a la primera de las cuestiones problemáticas que planteamos, esto es, la estructura del órgano de administración, que radica fundamentalmente en la obligada estructura de consejo de administración en las sociedades cotizadas.

3. Véase GARCÍA MANDALONIZ, Marta, “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 368-369, donde la autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones.

4. Véase DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, pp. 137-138.

5. Véase ALONSO UREBA, Alberto, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, 1990, p. 667, donde el autor considera que convendría que la conducta de un administrador se diferenciase de la exigida a un empresario.

6. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Universidad de Valladolid, 1985, p. 224.

Mantenemos esta idea pues dentro de esta forma de organización del órgano de gestión, encontraremos consejeros a los que se atribuyan funciones diferentes y asumirán cometidos que les permitirán argumentar la ausencia de responsabilidad en cuanto a la falta de diligencia de un “compañero” o “colega”. En este sentido, como se recoge en el artículo 237 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, a priori todos los administradores de una sociedad responderán solidariamente, salvo que acrediten desconocer la actuación lesiva o que, en su caso, hubieran empleado sus medios para evitar esta conducta. *En el caso que nos ocupa, el propio artículo 43 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, aunque señala que se aplicará el mismo régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles a los administradores e interventores de las cooperativas, culmina indicando que los interventores no tendrán responsabilidad solidaria. Decimos esto porque, el consejo rector de la sociedad cooperativa, en el recurso de apelación, resuelto en sentencia de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 2014, si fue objeto de responsabilidad solidaria de la deuda contratada por la sociedad, pero absolvió al interventor de la compañía, don Benito.*

Respecto del segundo aspecto que comentamos, es decir, la concreción del contenido del deber *general* de diligencia, podemos decir que es cierto que el alcance de esta obligación por parte de todo administrador de una sociedad podría ser infinitamente superior. Tomamos como referencia, nunca así reflejado por nuestro legislador, la propuesta del informe Aldama sobre esta cuestión, según el cual: “En cualquier caso, los deberes de diligencia deberían incluir: dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantean la administración de la sociedad; participar activamente en el órgano de administración y en sus Comisiones o tareas asignadas; oponerse a los acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos o al interés social; instar la convocatoria de reuniones del Consejo cuando lo estime pertinente; solicitar la información que estime necesaria para completar la que se le haya suministrado”. Como se sabe, sólo lo relativo a la solicitud de información fue lo que se plasmó en el artículo relativo a este deber general de diligencia.

1.2. La regla de la discrecionalidad empresarial

El deber de diligencia de todo administrador de una sociedad de capital se concreta con el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial,

consagrado en nuestro derecho positivo en el artículo 226 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y según el cual la diligencia de todo administrador y ordenado empresario se entenderá cubierta siempre que haya actuado de buena fe, sin un interés personal, contando con la información suficiente y de acuerdo a un procedimiento adecuado.

Este principio, como extensión del deber de diligencia, encuentra sus orígenes en la *Business Judgement Rule* de 1829, con la intención de reducir la aversión a los riesgos contraídos por parte de los administradores de una sociedad. Y surge con la intención de limitar la responsabilidad de los administradores, en el marco del cumplimiento de sus funciones, y *siempre que hubieran actuado de manera racional*, de forma que los jueces no podrán cuestionar más allá de su actuación; actuación en el marco de una decisión estratégica o de negocio, y nada más, pues como anticipa el precepto regulador, éste será el único punto donde el administrador quedará liberado de su responsabilidad⁷.

Su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico positivo ha estado verdaderamente cuestionada por la doctrina, encontrándose posiciones enfrentadas desde la tramitación de la normativa de sociedades de capital, entendiéndose que en nuestro país, en su mayoría, nos encontramos con sociedades de tamaño mediano o pequeño, incluso familiares; sin embargo, los verdaderos motivos que forzaron su incorporación fue la grave crisis económica que azotó a nuestro país y, en gran medida, causada por la enorme alarma social que aconteció como consecuencia de la esperada y exigida responsabilidad de administradores de cajas de ahorro, principales protagonistas en la citada crisis de la década pasada. En este sentido, es cierto que la incorporación de la *Business Judgement Rule* en nuestro ordenamiento jurídico estuvo cuestionada y uno de los motivos fue la falta de la exigencia de la diligencia debida a los administradores de una sociedad ante los tribunales⁸.

7. CASTILLA CUBILLAS, Manuel, “Responsabilidad por la quiebra técnica de las cajas de ahorros y protección de la discrecionalidad empresarial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 2015, p. 341.

8. Recientemente, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma, en sentencia de 20 de febrero de 2017, ha decretado la absolución a un ex directivo (consejero delegado) de BMN-SA NOSTRA de una condena de pago de una multa cercana a los 35 millones de euros, utilizando como medida absolutoria el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial.

2. El deber de lealtad

El deber de lealtad⁹ impone a los administradores la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, tal y como se contempla en el artículo 227.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012, dado el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad, el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación. A ello añade el precepto, al determinar el parámetro general de conducta del administrador social, la exigencia de actuación en el mejor interés de la sociedad. El deber del administrador de actuar como un representante leal en el mejor interés de la sociedad -el interés social- implica la obligación del desempeño del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros.

En el diseño de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 228, se recogen lo que se denominan obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. En la medida en que el régimen del deber de lealtad es imperativo, no resultan válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. No obstante, lo que si se prevé expresamente es la dispensa en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias de algunas de estas prohibiciones.

En el ámbito de lo que la Ley de Sociedades de Capital denomina obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en particular, éste obliga al administrador a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas. También se exige al administrador guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera. La dicción legal incluye informaciones, datos, informes o antecedentes, aunque es lógico entender que el deber de secreto recaiga sobre aquellos de carácter confidencial a los que se ha tenido acceso en el desempeño del cargo. Además, el administrador debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vincu-

9. Sobre esta cuestión, véase CAMPUZANO, Ana Belén / MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio, “La infracción del deber de lealtad de los administradores sociales en la sección de calificación concursal”, *Estudios de Derecho Empresario*, núm. 17, pp. 49-55.

lada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluyen de esta obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado. Igualmente, se impone al administrador el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

Por último, se establece que ha de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad. Lo relevante de este deber es que lo que se exige al administrador en cumplimiento de su deber de lealtad es adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. Este deber, aunque se contempla como obligación básica derivada del deber de lealtad en la letra e) del artículo 228, se desarrolla específicamente en el artículo 229.1, que contempla actuaciones en particular que el administrador debe abstenerse de realizar. Éstas son las obligaciones -salvo la prevista en la letra b) del artículo 229.1- que pueden dispensarse en casos singulares autorizados y bajo determinadas circunstancias (artículo 230.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). En efecto, la sociedad podrá dispensar algunas de estas prohibiciones en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada (en puridad, la autorización debe ir referida al administrador, ya que es él quien tiene el deber de lealtad).

En particular, las actuaciones que el administrador debe abstenerse de realizar, como concreción de su deber de evitar situaciones de conflicto de interés, son en primer lugar, abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. En segundo lugar, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador a abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. En tercer lugar, también debe el administrador abstenerse de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados. En cuarto lugar, el adminis-

trador tiene vedado aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, se entiende, en beneficio personal¹⁰. En quinto lugar, el administrador está obligado a abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. En este caso, la autorización para su dispensa deberá ser necesariamente acordada por la junta general. Por último, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga al administrador, a abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. La previsión contempla dos supuestos distintos.

II. El ejercicio de la acción individual de responsabilidad

En el marco de las cooperativas, además de la acción social de responsabilidad, también se puede ejercitar la acción individual de responsabilidad, prevista en el artículo 241 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Como se puede saber, esta acción individual implica que los socios y terceros que se vean directamente perjudicados por los actos de los administradores pueden actuar contra ellos.

La acción individual de responsabilidad se encuentra recogida de forma expresa en algunas normas autonómicas de cooperativas, mientras que en otras normas autonómicas se procede a realizar una remisión a la norma estatal de cooperativas. En este sentido, también recibe un tratamiento diferenciado, a tenor de las legislaciones autonómicas, el plazo de prescripción de la acción individual de

10. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2012* señala que “(...) el carácter fiduciario de la relación que vincula al administrador con la sociedad - en la que el estándar de buena fe cumple importantes funciones como regla de integración de su regulación - determina que, en ciertas circunstancias, aquel, no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe (...). Uno de tales supuestos que la práctica ha permitido individualizar consiste en la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido (...). Otro de los supuestos es el de la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad”.

responsabilidad, variando desde el año hasta los cuatro años, plazo de prescripción este último previsto en el artículo 241 *bis* del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En el caso que nos ocupa, entendemos que la acción individual de responsabilidad se ejercitó, por parte de la compañía aseguradora, acreedora de la sociedad cooperativa, en el plazo previsto por la legislación cooperativa correspondiente o, en su caso, por la legislación de las sociedades de capital.

En este sentido, y para concluir, procedemos a reproducir una interesante manifestación sobre la pertinencia del ejercicio de la acción individual de responsabilidad en el caso que nos ocupa:

Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros. [...]

Como resumen de lo expuesto, cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos previstos en tal precepto legal en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores.

De acuerdo con la reseñada distinción lógica, para que el ilícito orgánico que supone el cierre de hecho (incumplimiento de los deberes de disolución y liquidación de la sociedad) pueda dar lugar a una acción individual es preciso que el daño ocasionado sea directo al acreedor que la ejercita. Esto es: es necesario que el ilícito orgánico incida directamente en la insatisfacción del crédito.

En este contexto, como ya hemos adelantado al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, para que pueda imputarse al administrador el

impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la acreedora demandante, debe existir un incumplimiento nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social.

Es indudable que el incumplimiento de los deberes legales relativos a la disolución de la sociedad y a su liquidación, constituye un ilícito orgánico grave del administrador y, en su caso, del liquidador. Pero, para que prospere la acción individual en estos casos, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito.

Como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico anterior, esto exige del acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento (sentencia 253/2016, de 18 de abril).

En el presente caso, la sentencia recurrida sustenta la ratio decidendi de un modo concorde con la doctrina jurisprudencial expuesta. En este sentido, considera que la demanda no se limita a fundar la responsabilidad de los consejeros respecto del impago del crédito de la demandante en la falta de disolución y liquidación de la sociedad cooperativa, sino que anuda directamente dicho fundamento al cierre de facto que impidió el pago requerido.

III. Conclusión

El cierre de facto de la cooperativa, sin previa disolución y liquidación, es el motivo por el que se genera el daño a la compañía aseguradora, y por la que la reclamación de la cantidad adeudada se puede ejercitar a través de la acción individual de responsabilidad. En este caso, el ilícito orgánico incide directamente en la insatisfacción del crédito, puesto que, como se ha podido comprobar, el cierre de facto impidió el pago del crédito.

Por tanto, el mero hecho de la existencia de una deuda no justifica el pago del crédito. A tenor de los requerimientos necesarios para el ejercicio de una acción individual de responsabilidad, se precisa la concurrencia de una acción u omisión calificada de culposa o negligente, un daño y la relación de causalidad

entre ambos. En este caso que nos ocupa, el cierre de facto de la sociedad cooperativa por parte de los miembros integrantes del consejo rector, así como la satisfacción por parte de la aseguradora de una deuda contraída como consecuencia de la responsabilidad en la que incumbía la cooperativa constructora en un anterior procedimiento, se presentan como los motivos que estiman la confirmación de la responsabilidad de los administradores de la cooperativa, reclamada mediante el ejercicio de una acción individual de responsabilidad por la compañía aseguradora.

Tal y como se ha constatado, la responsabilidad del interventor de la cooperativa no puede ser solidaria, por lo que, queda exonerado de la responsabilidad solidaria a la que deben hacer frente los restantes integrantes del consejo rector de la cooperativa. Situación extensible, no en este caso, para aquellos administradores que hubieran desconocido la actuación lesiva.

LAS COOPERATIVAS DE TRANSPORTE, SOCIOS COLABORADORES Y FALSAS COOPERATIVAS¹

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº2263/2018, de 18 de mayo (Social)

Gemma Fajardo García

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universitat de València

I. Introducción²

En los últimos años, y posiblemente debido a la crisis económica y al elevado desempleo que se registra en España, han proliferado muchas cooperativas, sobre todo de trabajo asociado, que han sido identificadas en la prensa y en algunos casos también por la administración, como falsas cooperativas. Se trata de cooperativas creadas conforme a la legislación cooperativa pero que buscan ante todo aprovecharse de su régimen jurídico para precarizar todavía más las condiciones de trabajo de personas que, deberían estar contratadas como asalariados en la empresa, para la que, principalmente, o en exclusiva, trabaja la cooperativa.

La sentencia del Tribunal Supremo 2263/2018, de 18 de mayo de la Sala de lo Social³, ha sido considerada referente en la lucha contra el uso fraudulento de la cooperativa para eludir los derechos de los trabajadores, como reza algún titular⁴. La cooperativa cuya autenticidad se cuestiona es una cooperativa de

1. Este trabajo es resultado del proyecto de investigación “Economía Social, Autogestión y Empleo (DER2016-78732-R) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, por la Agencia Estatal de Investigación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

2. Este comentario ha sido publicado en la Revista de Derecho Mercantil, 2019, Nº 313, y se reproduce adaptado, en esta revista, con autorización de su autora, por su interés para la economía social.

3. ECLI:ES:TS:2018:2263.

4. Artículo de Cristina Grau publicado en *Cooperació Catalana* nº 426 de 2018.

trabajo asociado de transportes. La importancia del tema y la relevancia que la doctrina y la prensa han dado a esta sentencia, justifica que sea objeto de un análisis más detallado en este momento.

Este comentario partirá exponiendo los hechos jurídicamente relevantes del caso; el planteamiento de la cuestión principal según el Tribunal; analizaremos las sentencias que toma en consideración para unificar la doctrina en la materia, así como los principales pronunciamientos de la sentencia y su fundamentación. Por último, haremos una valoración crítica de dicha sentencia, porque aunque su fallo pueda ser compartido, la fundamentación jurídica adolece de varios defectos en nuestra opinión. Estos defectos se manifiestan principalmente en la insuficiente caracterización del contrato de transporte, la falta de diferenciación entre cooperativa de transporte y cooperativa de transportistas o en la errónea aplicación de las normas cooperativas por parte del Tribunal. Por último, completaremos el comentario destacando las principales conclusiones que en nuestra opinión pueden obtenerse de la sentencia.

II. Antecedentes de hecho

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2018 responde al recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada el 13 de julio de 2016 por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recuso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Elche de 25 de noviembre de 2015.

Los hechos jurídicamente relevantes que han sido considerados probados por la sentencia de Primera Instancia son los siguientes:

Primero. Que el actor se integró como socio cooperativista de la demandada GLOBATRANS, S.COOP., el 1 de octubre de 2013 y causó baja el 31 de enero de 2014. Que como socio, la cooperativa puso a su disposición un camión, previamente arrendado, y una tarjeta de transporte. Que la cooperativa facturaba mensualmente a su cliente LINSER el coste del transporte realizado, descontados los gastos del desplazamiento, que se abonaban mediante la tarjeta facilitada por el cliente. Que a continuación, la cooperativa abonaba la mensualidad al cooperativista, descontándole una cuota mensual de 200 euros.

Segundo. Que antes de concluir la anterior relación, LINSER, a través de su jefe de tráfico, le indicó al actor que se pusiera en contacto con la también demandada UNIDRIVER, S.COOP. Que el actor fue admitido el 1 de febrero de 2014

como socio colaborador de ésta cooperativa y dado de alta en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social (RETA). Que UNIDRIVER, S.COOP ponía a disposición del actor un camión, previamente arrendado a una empresa del grupo LINSER, y una tarjeta de transporte; así mismo, el actor disponía de diversas tarjetas de LINSER para abonar los gastos de gasolina, autopista, etc. El jefe de tráfico del grupo LINSER señalaba al actor el origen de la carga y su destino, así como la fecha de carga y descarga. UNIDRIVER, S.COOP facturaba a LINSER en función de los kilómetros realizados, descontando los gastos de utilización de las tarjetas de gastos facilitadas al actor, el alquiler del camión y los gastos de taller y mantenimiento de éste; aplicando al resultado el IVA correspondiente. Que posteriormente, la cooperativa abonaba al actor el importe facturado menos los gastos realizados, el IVA, el importe de la cuota a la Seguridad Social de Autónomos y la cuota mensual de 200 euros. El actor también podía pedir al grupo LINSER adelantos a cuenta, que le eran abonados y que posteriormente se deducían de la facturación mensual. Que el 28 de febrero de 2015 el actor fue dado de baja como socio colaborador.

Tercero. Que LINSER es un grupo empresarial dedicado al transporte de mercancías, que presta sus servicios a sus clientes a través de contratos de arrendamiento de servicios con otras empresas porteadoras. Que LINSER LOGISTIC, SAU y UNIDRIVER S.COOP. formalizaron un contrato de arrendamiento de servicios por el que el segundo realizaría servicios de transporte de mercancías para los clientes que el primero determine. Que LINSER FOODS S.L y UNIDRIVER S.COOP, firmaron un contrato de arrendamiento de vehículo de transporte por un importe de 2.000 euros mensuales a los que se añadirían los gastos y consumos generados durante el transporte, que serían por cuenta de la cooperativa, aunque su importe sea adelantado por LINSER. Esta tenía acceso también, como el actor, a los tacógrafos del camión.

Cuarto. Que UNIDRIVER es una cooperativa de trabajo asociado constituida en 2012 con un capital social (estatutario) de 3.006 euros, aportaciones obligatorias de 1.002 euros por socio, y que tiene por objeto social prestar el servicio público de transporte de mercancías y realizar otras actividades complementarias y auxiliares del transporte. Su ámbito territorial de actuación se circunscribe al País Vasco y cuenta con los siguientes tipos de socios: 3 socios trabajadores (fundadores), 2 socios capitalistas y 115 socios colaboradores.

Quinto. Que el actor inició un proceso de incapacidad temporal el 15 de enero de 2015, siendo dado de alta el 3 de febrero de 2015. Que el 29 de enero de 2015

el actor entregó a un representante del grupo LINSER el camión y remolque que conducía, junto con distintas tarjetas de gastos. Que el 28 de enero de 2015 el actor remitió una carta a la cooperativa comunicando su situación de incapacidad temporal para desarrollar los trabajos que aquella le encomendaba “*en virtud de la relación laboral que entiendo que nos une...*”, y remitió otro escrito el 4 de febrero de 2015 al Grupo Empresarial LINSER comunicándole su alta médica y añadiendo que “*... me encuentro a su entera disposición desde esa misma fecha para continuar con la relación que nos une*”. Que al actor no se le contestó, ni desde la fecha del alta médica se le ha asignado viaje alguno.

Ante la falta de respuesta, el actor formuló demanda sobre despido y reclamación de cantidad contra el Grupo LINSER, LINSER LOGISTIC S.A.U., LINSER FOODS, S.L.U., LINSER BOX, S.L.U; LINSER TRUCK, S.L.U; LINSER LOG, SA, UNIDRIVER, S.COOP; GLOBALTRANS S.COOP y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

El Juzgado de Primera Instancia de lo Social de Elche dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró improcedente el despido, condenando solidariamente a todos los demandados (excepto a GLOBALTRANS S.COOP) a que, readmitan al actor en su puesto de trabajo con abono de salarios de tramitación, o le indemnicen por “*la extinción de la relación laboral*”; y al Fondo de Garantía Salarial a que, como responsable subsidiario pague en lo que le corresponda, la indemnización o los salarios de tramitación.

Recurrida la sentencia en suplicación por la representación de UNIDRIVER SCOOP ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ésta dictó sentencia el 13 de julio de 2016 estimando el recurso y desestimando la demanda, por incompetencia del órgano jurisdiccional social.

El representante del actor formalizó recurso de casación para unificación de doctrina invocando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Navarra de 5 de junio de 2015. El recurso fue admitido.

III. Planteamiento de la cuestión

La cuestión a resolver en este recurso, según el Tribunal Supremo, es la de determinar si la prestación de servicios de conducción de vehículos de transporte por carretera que desempeñaba el actor, se corresponde con un verdadero contrato de trabajo, o si por el contrario, como alega la parte demandada, se enmarca

dentro de las previsiones del art. 1.3 letra g) ET, que excluye del ámbito laboral a las personas que realizan esa actividad al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares y con vehículos comerciales cuya propiedad o poder directo de disposición ostentan. Esta exclusión no se vería alterada, según el demandante, por la condición de socio del actor, puesto que como socio de la cooperativa ostenta la titularidad de la tarjeta de transportes y el poder directo de disposición del vehículo.

Así planteada la cuestión, recuerda el Tribunal que la sentencia del Juzgado de lo Social de Elche declaró la relación como laboral y su extinción como despido improcedente; mientras que la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana calificó la relación de civil por aplicación del art. 1.3 letra g) ET, y por ello declaró la incompetencia del orden social de la jurisdicción.

Antes de seguir adelante, se hace preciso, como dice el Tribunal, resolver si hay contradicción entre la sentencia recurrida (STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016) y la sentencia invocada de contraste (STSJ de Navarra de 5 de julio de 2015), por lo que haremos una breve referencia a ambas, antes de seguir con el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo.

IV. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016⁵

El recurso planteado por el demandado niega que exista una relación laboral entre el actor y su cooperativa o entre aquel y LINSER, y cuestiona la competencia del orden jurisdiccional social para conocer del caso. El TSJ se plantea si existe una relación laboral entre el actor y LINSER, y concluye que no. En primer lugar porque para poder prestar ese servicio se debe tener la autorización administrativa correspondiente y la disponibilidad del vehículo, lo que excluye la aplicación del art. 1.1 ET; y en segundo lugar, porque quien tiene la titularidad sobre la autorización y la disponibilidad del vehículo no es el actor (conductor) sino la cooperativa en la que trabaja, y es ésta la que contrata el arrendamiento de servicios con LINSER. Por otra parte, el tribunal se plantea si existe una relación laboral entre el actor y la cooperativa, y llega a la conclusión de que su relación

5. ECLI:ES:TSJCV:2016:3924.

es societaria y no laboral. Pero además, aunque la legislación cooperativa aplicable (Ley vasca 4/1993) atribuye competencias a la jurisdicción social para resolver conflictos entre esta y sus socios trabajadores, el actor, no es un socio trabajador sino un socio colaborador, por lo que, aplicando la legislación cooperativa, la competencia es de la jurisdicción mercantil.

Por otra parte, TSJ critica que el Juez de Primera Instancia entre a valorar la autenticidad de la cooperativa, calificando la misma como “*ficción de cooperativa*” o “*simulación de cooperativa*”, cuando ninguna de las partes ha cuestionado la realidad de la cooperativa ni su actuación en el tráfico jurídico.

V. La STSJ de Navarra de 5 de junio de 2015⁶

En esta ocasión, se parte de una demanda planteada por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ante el Juzgado de lo Social de Pamplona, en la que suplicaba que se declarara como laboral la relación entre SLG TRANSIMAZ, S.L., empresa dedicada al transporte de mercancías por carretera, y 70 trabajadores, socios de la cooperativa de trabajo asociado de transporte Tres Servicios Logísticos, Soc. Coop. Valenciana (y algunos también socios de Transzaragoza Soc. Coop.), dados de alta todos ellos en el RETA.

Según los hechos probados, la cooperativa Tres Servicios Logísticos fue constituida en 2009 por tres socios, domiciliados en Zaragoza; y tiene su domicilio social en Valencia, concretamente en la dirección de Multioffices Center SL, una empresa dedicada al arrendamiento de servicios empresariales. Ambas empresas suscribieron un contrato de arrendamiento de servicios consistente en recepción de correo y uso de despacho, aunque, según se dice en la sentencia, no consta que se haya utilizado nunca éste. Por otra parte, la cooperativa Tres Servicios contrató con la asesoría Grupo Geciser S.L con domicilio en Zaragoza, servicios de gestión administrativa, tales como preparación de contratos de arrendamiento de vehículos, de arrendamiento de servicios de transporte, altas y bajas de socios en la cooperativa, facturación, contabilidad, declaraciones fiscales, etc. El administrador solidario de la gestoría es a su vez el apoderado de la cooperativa.

La gestoría, se ocupa también de la gestión administrativa de los socios de la cooperativa (emisión de facturas, altas y baja en el RETA), y su domicilio lo es a su vez de varios socios, y de la cooperativa Transzaragoza.

6. ECLI:ES:TSJNA:2015:356.

La cooperativa Tres Servicios tiene por objeto realizar toda clase de servicios encaminados a facilitar la ejecución de operaciones de transporte de mercancías por vía terrestre y vehículos de motor, y para ello celebró con SLG Transimaz dos tipos de contrato: a) Contratos de alquiler de vehículos (que incluye la cesión de las tarjetas para descuentos en gasolineras, autopistas, etc.) condicionados a realizar el servicio exclusivamente para SLG Transimaz, reservándose ésta el derecho de acceder en cualquier momento al vehículo arrendado para comprobar su estado, y resultando el conductor (cooperativista) fiador solidario de las responsabilidades que se deriven del contrato; y b) Contratos de arrendamientos de servicios de transporte. Se destaca como hecho probado, que refleja la estrecha relación entre ambas empresas, que cuando un conductor solicitaba trabajo a SLG Transimaz se le indicaba que debía ser autónomo haciéndose socio de la cooperativa, y la mayoría presentaba la solicitud de ingreso en la cooperativa en las instalaciones de SLG Transimaz (Noveno).

En cuanto a la forma en que se desarrollaba la actividad, son hechos probados, que los transportes encargados por SLG Transimaz a la cooperativa Tres Servicios eran gestionados directamente por la primera, *“que encomendaba el servicio a los concretos conductores y les daba las instrucciones de su desarrollo”* (Octavo), y que la cooperativa facturaba a SLG Transimaz los transportes realizados por los conductores, y por el mismo importe, emitía factura a nombre del conductor y a cargo de la cooperativa. Por su parte SLG Transimaz facturaba mensualmente a la cooperativa los alquileres de los vehículos, gastos de mantenimiento, gastos de tarjetas, de desgaste de neumáticos, etc.; y por el mismo importe y concepto, la cooperativa facturaba al socio conductor.

En el caso de la cooperativa Transzaragoza, el *modus operandi* es similar, pero la denuncia inicial la planteó la Agencia Tributaria por el sistema de facturación entre la cooperativa y sus socios, con IVA en lugar de hacerlo por nómina. A resultas de esta denuncia el TSJ del País Vasco dictó sentencia el 18 de enero de 2011 declarando la existencia de relación laboral entre el socio de la cooperativa Transzaragoza y SLG Transimaz, e indicando que *“la cooperativa actuaba como mera estructura formal entre el trabajador y SLG Transimaz conformando un mecanismo de defraudación de derechos de los trabajadores”*.

La demanda planteada por la TGSS fue estimada y la sentencia de instancia de Pamplona declaró que la relación jurídica entre SLG Transimaz SL y los 70 trabajadores de las cooperativas era de naturaleza laboral.

En suplicación SLG Transimaz formuló varios motivos de revisión fáctica y dos de censura jurídica. Así, se alegó entre otros, que de sus 160 trabajadores 90 nunca habían prestado servicios para Transimaz; que los conductores tomaban sus propias decisiones sobre la ruta a seguir, paradas, horarios, etc., o que los ingresos obtenidos por los conductores eran variable en función de los kilómetros realizados, motivos que no fueron acogidos por innecesarios. Por otra parte, se denunció la infracción de diversas normas del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.3 g); de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (art. 60, 133 y 42.1 en relación con los arts. 33 a 40 del Reglamento de la Ley y la Orden FOM 734/2007), y de la legislación cooperativa (art. 80.1 de la Ley estatal, y art. 97.2 de la Ley valenciana). Para la parte recurrente no existe relación laboral entre los socios cooperativistas y SLG Transimaz: a) por resultar aplicable la exclusión de laboralidad del artículo 1.3 g) ET, ya que, aunque la tarjeta de transporte esté expedida a nombre de la cooperativa y sea ésta la que tiene la disponibilidad sobre los vehículos; debe considerarse que el “transportista” es poseedor de la autorización administrativa y tiene plena disposición sobre el vehículo, por el mero hecho de ser socio de la cooperativa; y b) por que no concurren las notas de dependencia y ajenidad entre los socios cooperativistas y SLG Transimaz, dado que *“todos los transportistas codemandados eran socios de una cooperativa de transporte”* y *“actuaban con total autonomía, sin estar sujetos a órdenes, corriendo ellos con el riesgo y ventura de su actividad”*.

Una vez analizados los motivos y tomando en consideración la jurisprudencia en la materia, el TSJ de Navarra confirma la sentencia de primera instancia que califica la relación como laboral. El Tribunal destaca, por una parte, la no aplicación del art. 1.3 g) ET, porque la autorización administrativa y el poder de disposición de los vehículos no son del conductor sino de la cooperativa; y por otra parte la concurrencia de las notas características de la relación laboral, *“ya que los conductores trabajan con vehículos de SLG Transimaz, dentro de su ámbito de organización y dirección al seguir las instrucciones recibidas de la misma, sin que conste mantuviesen relación real con la cooperativa de la que eran socios, y percibiendo a cambio de sus servicios una retribución”*.

La sentencia cuenta en cambio con el voto particular del Magistrado D. José Antonio Álvarez Caperochipi, favorable a la estimación del recurso planteado y a la desestimación de la calificación laboral de la relación entre los cooperativistas y SGL Transimaz; apoyando su decisión además en la sentencia de la propia Sala de 9 de octubre de 2003 y en la Sentencia del TSJ de Madrid, de 26 de enero de 2015. Para este magistrado la exclusión del art. 1.3 g) ET se justifica por las caracte-

terísticas propias del contrato de transporte, contrato de obra y no de servicios, debido a los riesgos propios del ejercicio de esta clase de actividad y a la dificultad de controlar la misma; no siendo relevante la titularidad de los medios de producción ni la actividad realizada, sino el resultado perseguido con el contrato. Por el contrato de transporte SLG Transimaz contrata el transporte, no los servicios de los transportistas. Para el magistrado, de los hechos probados se desprende que los servicios no se prestan en exclusiva para Transimaz; que los transportistas se autorregulan en cuanto a horarios, jornada, vacaciones o rutas; que estos asumen los gastos que genera la actividad y que se descuentan de los ingresos que obtiene por la misma (multas, gastos de cuidado, reparación y conservación del vehículo, gastos del arrendamiento del vehículo, combustible, etc.) y que asumen el riesgo y ventura tanto de la actividad como del vehículo alquilado. El pago a tanto alzado por kilometraje y no por unidad de tiempo, también es, según el magistrado, indicio de que se trata de un contrato de resultado y no de prestación de servicios. Por último, critica que aluda a un posible fraude laboral tratándose de una actividad mercantil que se acredita real y efectiva, negando personalidad a unas sociedades inscritas y que pagan sus impuestos; por lo que aplicar en este caso la presunción de fraude es desconocer las características del transporte de mercancías, además de atribuir una responsabilidad desproporcionada para SLG Transimaz.

VI. Resolución del Tribunal Supremo y fundamentación

Para el Tribunal Supremo, los hechos enjuiciados en ambas sentencias son los mismos, porque en ambas se discute si la prestación de servicios que hacen los conductores se corresponde con la situación contemplada en el art. 1.3 g) ET, o no, en cuyo caso estaremos ante una relación mercantil o laboral. Y para resolver la anterior cuestión debe analizarse quien tiene la titularidad de la autorización administrativa de transporte y la propiedad o poder directo de disposición sobre el vehículo.

Por ello y dado que la doctrina en ambas sentencias ha sido divergente, el Tribunal tras justificar su competencia para conocer del caso⁷, asume la tarea de unificar dicha doctrina.

7. A estos efectos, el Tribunal cita la STS de 24 de enero de 2018 según la cual “*ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación*”.

El Tribunal Supremo, llega a la conclusión de que la relación entre el actor y UNIDRIVER S.COOP es laboral, y la fundamenta en las siguientes normas y razonamientos:

En primer lugar, partiendo del art. 1.3 g) ET y analizando los motivos que justificaron la incorporación de esta norma⁸, y la interpretación de la misma por parte del Tribunal Constitucional (STC 227/1998 de 26 noviembre) y del Tribunal Supremo (STS 28 marzo 2011), llega a la conclusión de que lo que justifica que esa actividad (descrita en el art. 3.1 g) ET) sea excluida del ámbito laboral es la importancia económica de los dos requisitos económicos que se citan (autorización administrativa y propiedad o poder de disposición sobre el vehículo). Sorprendentemente no se tiene en cuenta quien asume el riesgo empresarial, elemento clave para averiguar si la actividad se desarrolla por cuenta propia o ajena.

El Tribunal parte de la idea de que este tipo de actividad (transporte) “*se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, con sometimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por el mismo, y que reuniría en abstracto todos los elementos que caracterizarían el contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1. ET*”.

Y la razón por la que dicha actividad puede quedar excluida del ámbito laboral es porque se pueda atribuir al trabajador la condición de “*empresario autónomo y trabajador por cuenta propia*”, y para ello deberá disponer de una “*unidad productiva con valor económico suficiente*” lo que justifica que se exija en la ley la titularidad de la autorización administrativa de transporte y la propiedad o poder de disposición sobre el vehículo, siempre que este tenga un tonelaje no inferior a 2 TM⁹.

En segundo lugar, el Tribunal se plantea analizar el régimen jurídico de la cooperativa de trabajo asociado (CTA) para determinar en qué circunstancias

doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando”.

8. Por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

9. Como dice la sentencia “*La mejor prueba de ello, es que debe seguir calificándose como laboral la prestación de servicios de esa misma actividad de transporte, que se realizan en idénticas condiciones de dependencia organizativa y titularidad del medio de transporte, pero con vehículos que no requieren por su tonelaje inferior a 2 TM la autorización administrativa o tarjeta de transporte, como pone de manifiesto esa misma STS 23/11/2011*” (Fundamentos de Derecho CUARTO. 3º).

puede considerarse que la prestación del servicio de transporte por sus socios para una tercera empresa excluye la existencia de una relación laboral *“o constituye en realidad un subterfugio con el que eludir las previsiones del art. 1.1 ET bajo esa cobertura puramente formal”*.

Pero el Tribunal, para analizar el régimen jurídico aplicable a UNIDRIVER S.COOP, no toma en consideración la legislación cooperativa que le es aplicable sino la de ámbito estatal, porque considera que sólo el Estado tiene competencia para legislar en materia laboral, presuponiendo tal vez, en contra del marco constitucional, que el régimen jurídico cooperativo es laboral. Como dicen los estatutos de UNIDRIVER S.COOP su domicilio social está en Irún; su ámbito territorial es el País Vasco (Fundamentos de Derecho SEGUNDO, 3º), y la legislación cooperativa que le es aplicable es la Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas del País Vasco (LCPV), y no la Ley 27/1999, de 16 de julio (LC).

El Tribunal reconoce que la cooperativa es una forma particular de organizar en común la producción de bienes y servicios para terceros, pero entiende que no es suficiente con estar formalmente constituida, sino que tendrá que probar que desarrolla una actividad real en beneficio de sus socios, aunque ninguna de las partes del proceso haya puesto en duda la realidad y legalidad de la cooperativa, como es el caso. El Tribunal parte de la presunción de que la cooperativa como la sociedad civil particular o los grupos de empresa pueden ser instrumentos para defraudar.

En tercer lugar, el Tribunal se plantea analizar la prestación de servicios de transporte por parte de cooperativas de trabajo asociado (CTA). Parte para ello del RD. 1211/1990 que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT) y que reconoce que la autorización administrativa de transporte puede otorgarse a personas físicas y a personas jurídicas, como las cooperativas de trabajo asociado (art. 41.5). También toma en consideración el art. 100 de la Ley 27/1999 (LC) que regula las cooperativas de transportistas, concluyendo que los transportistas pueden integrarse en unas o en otras, y en las segundas bajo la autorización administrativa de la CTA.

En cuarto lugar, puesto que es posible realizar la actividad de transporte bajo la autorización administrativa de una CTA, el Tribunal pasa a analizar el segundo elemento: la propiedad o poder de disposición del vehículo utilizado por el prestador del servicio. En este punto no habría la menor tacha de ilegalidad –dice si la cooperativa hubiera creado una infraestructura empresarial de la que sea titular disponiendo de sus propios clientes y de la estructura organizativa y mate-

rial con la que “*dar servicios a sus socios*”, por ejemplo cita: “*ayudar y colaborar con sus socios en la obtención de la propiedad o poder de disposición del vehículo que utilicen*”. Es más, dice el Tribunal: “*La cooperativa de trabajo asociado no sería entonces una entidad ficticia en abuso de la forma societaria si dispone de infraestructura empresarial propia de cualquier índole para dar servicio a sus socios: material, organizativa, personal, financiera, clientelar, o de otro tipo relevante a estos efectos. Si por el contrario, la cooperativa carece de la más mínima estructura material u organizativa, y su intervención se limita solamente a aportar la titularidad de la tarjeta de transporte y formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, y es esta empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos, hasta el punto de que trata directamente con los conductores sin la intermediación de la cooperativa, estaríamos ante una actuación interpuesta que simplemente busca facilitar la mano de obra para ponerla a disposición de la empresa transportista con la intención de eludir las exigencias que impone el art. 1.3 g) ET para excluir del ámbito laboral la prestación de servicios de transporte*”.

Tras esta argumentación el Tribunal concluye que, como en la sentencia de contraste, “*ante la inexistencia de una verdadera actividad económica en la cooperativa ... estamos en el supuesto de uso fraudulento de la forma societaria*”.

El Tribunal no toma en consideración que UNIDRIVER S.COOP es una empresa que tiene por objeto social el servicio público de transportes de mercancías, y que desarrolla esta actividad en buena parte para empresas del Grupo LINSER; que dispone de la autorización administrativa respectiva para desarrollar esa actividad y de la plena disponibilidad de los vehículos con los que desarrolla su actividad; que asume todos los costes que genera la actividad y todos los riesgos. El Tribunal tampoco parece entender la diferencia existente entre una cooperativa de transportes (CTA) y una cooperativa de transportistas (cooperativa de servicios), y califica de ficticia a la primera porque no presta los servicios a sus socios que son propios de la segunda.

En quinto lugar, el Tribunal considera que no sólo se hace un uso fraudulento de la cooperativa por lo anteriormente reseñado, sino también porque la cooperativa tiene 3 socios trabajadores y 115 socios colaboradores “*en una muy anómala y desproporcionada relación de unos y otros*” dado que los socios colaboradores tienen limitado su derecho de voto en la cooperativa al treinta por ciento (art. 14 Ley 27/1999); pero sobre todo, porque la ley prohíbe que estos socios desa-

rollen o participen en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa; y en una empresa de transportes, actuar como conductor o como transportistas es participar en la actividad propia del objeto social de la CTA.

VII. Valoración crítica de la sentencia

La sentencia que comentamos ha sido recibida con satisfacción por muchos autores porque plantea abiertamente que una cooperativa de trabajo asociado pueda ser un instrumento para defraudar la normativa laboral en contra de decisiones anteriores del mismo Tribunal como la sentencia de 17 de diciembre de 2001 en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores por parte de la cooperativa SERVICARNE¹⁰.

El Tribunal en esta ocasión tiene claro el uso fraudulento de la CTA, por una parte, porque considera que la cooperativa en cuestión no tiene una verdadera actividad económica, y por otra, porque al coexistir en la misma dos tipos de socios, la capacidad de decisión de los socios colaboradores es irrelevante. Sin embargo esta es una decisión que podrá compartirse o no, pero su fundamentación jurídica, que comparte con la sentencia de primera instancia, no es plenamente satisfactoria, como lo pone de manifiesto la argumentación vertida por la STJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016 o por el voto particular en la sentencia del TSJ de Navarra de 5 de junio de 2015.

En efecto, consideramos que la sentencia objeto de estudio adolece de una fundamentación débil y en ocasiones errónea, como vamos a tratar de demostrar a continuación.

1. Legislación cooperativa aplicable al caso

La parte recurrida en la sentencia que analizamos es la cooperativa UNIDRIVER, S.COOP; cooperativa de trabajo asociado de transportes, que según se recoge en la sentencia (Fundamento de Derecho Segundo, punto 3), tiene como ámbito territorial el País Vasco “a cuya Ley de Cooperativas se acoge”.

El legislador vasco tiene conforme al art. 10.23 de su Estatuto de Autonomía competencia exclusiva para regular las sociedades cooperativas, competencia que

10. Entre otros puede citarse a GARCÍA JIMÉNEZ (2018:198); ROJO (2018) o TODOLÍ (2018).

fue reconocida explícitamente por el Tribunal Constitucional¹¹ y que ha venido desarrollando en la Ley 1/1982, de 11 de febrero y en la actual Ley 4/1993 de 24 de junio de Cooperativas del País Vasco (LCPV), dedicando en particular los arts. 99 a 104 a la regulación de las cooperativas de trabajo asociado.

Esta ley es la que se ha tenido en cuenta en la resolución del caso por parte del TSJ de la Comunidad Valenciana (sentencia de 13 de julio de 2016). Sin embargo, el Tribunal Supremo, al plantearse analizar el régimen jurídico aplicable a la cooperativa, se basa en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas que no es de aplicación al caso¹².

La razón alegada para ello es el objeto del análisis a realizar, que es *“determinar en qué circunstancias puede considerarse que la prestación personal de servicios de transportes para una tercera empresa en calidad de socio de una cooperativa excluye la existencia de una relación laboral”* y como *“solo el Estado tiene competencias para legislar en materia laboral ... ninguna incidencia pueden tener en esta materia las diferentes leyes autonómicas que regulan el régimen jurídico de las cooperativas en cada comunidad”*.

La cuestión planteada no está bien formulada. El Tribunal parte presumiendo que prestar servicios de transporte como socio de una cooperativa es una prestación laboral y por ello hay que determinar en qué casos no lo será. Hay confusión, o desconocimiento, como apuntó la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, sobre la naturaleza del contrato de transporte y sobre la naturaleza de la relación entre la cooperativa y sus socios, como veremos a continuación.

Pero el Tribunal no sólo toma en consideración la Ley estatal, en lugar de la aplicable al caso, para determinar la naturaleza de la relación del socio de la cooperativa, sino para determinar la legalidad de la actuación de la cooperativa, en temas como los derechos de sus socios colaboradores.

2. La distinción entre contrato de transporte y contrato de trabajo

Un precepto que ha sido clave en el *iter* procesal de esta sentencia que comentamos ha sido el art. 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores (ET).

11. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 72/1983, de 19 de julio de 1983 (Rec. 201/1982).

12. Esta Ley se aplica, según su art. 2) a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, y a las cooperativas que realice su actividad principalmente en las ciudades de Ceuta y Melilla.

El art. 1 somete a la aplicación del Estatuto de los Trabajadores aquellas relaciones en las que los trabajadores presten voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

El apartado 3º señala algunos supuestos que estarán excluidos, como cuando se preste trabajo en desarrollo de una relación distinta a la anterior, como en un contrato mercantil de comisión, agencia, publicidad, sociedad o transporte.

Sin embargo, y en relación con éste último, se cuestionó en su momento si un contrato de transporte celebrado por un transportista persona física (trabajador autónomo), que desarrolla su actividad de forma continuada para un mismo cargador o comerciante, entraría o no en el ámbito del ET.

El legislador optó por excluir del ámbito laboral a este trabajador autónomo dependiente (TRADE) pero lo somete a un régimen jurídico especial¹³. Esta aclaración (tal vez innecesaria pero didáctica) se incorporó en el apartado g) del artículo citado por Ley 11/1994, de 19 de mayo. Así se establece que: *“se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador”*.

Según esta norma, el transportista no quedará sometido a las normas del ET aun cuando desarrolle su actividad de forma continuada para un mismo cliente, ya que la exigencia de autorización administrativa y disposición del vehículo son requisitos exigidos para ser transportista o empresario del transporte¹⁴.

13. El trabajador autónomo económicamente dependiente se define como aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. El trabajador autónomo se regula en la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo (art. 11) y en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla dicho Estatuto en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro.

14. En efecto, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, establece como condiciones para el ejercicio del transporte poseer autorización que habilite para ello y que la empresa solicitante acredite disponer de uno o más vehículos matriculados en España (art. 42). Complementando lo anterior, el Reglamento que desarrolla la Ley (R.D. 1211/1990) señala que el titular podrá disponer de los vehículos en propiedad, arrendamiento financiero o arrendamiento ordinario (art. 38).

En definitiva, el transportista, que desarrolla la actividad de transporte en nombre propio, no queda sometido a las normas del ET en sus relaciones con sus clientes, sino a la legislación sobre contratos de transporte (Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. LCTTM), con independencia del número de clientes que tenga o del valor económico de sus vehículos¹⁵.

Además, no podemos olvidar la diferente naturaleza de ambos contratos como recuerda el TSJ de la Comunidad Valenciana. Mientras el contrato de trabajo es un contrato de prestación de servicios, el segundo es un contrato de arrendamiento de obra o resultado, donde el porteador no se compromete a trabajar para el cliente sino a trasladar la mercancía a su destino, sea con sus propios medios o no¹⁶. Téngase en cuenta también que el porteador asume el riesgo de la operación de forma que, salvo que se pacte otra cosa, sólo tiene derecho a cobrar el precio del transporte y los gastos generados por el transporte, una vez puestas las mercancías a disposición del destinatario (art. 39 LCTTM).

En el caso analizado en la sentencia que comentamos existe un contrato de transportes entre LINSER LOGISTIC, SAU y UNIDRIVER, S.COOP. Esta es, como veremos a continuación, una cooperativa de trabajo asociado del transporte, es decir, una empresa de transporte, que cuenta con la autorización administrativa respectiva, dispone de vehículos en régimen de arrendamiento, y desarrolla la actividad del transporte por medio de su personal (socios colaboradores). No son los socios de la cooperativa de transporte los transportistas sino la cooperativa, y aunque gocen de bastante libertad a la hora de organizar y prestar su trabajo, como es propio en una entidad autogestionada como es la cooperativa, los socios cuando se relacionan con terceros (clientes en este caso), lo hacen en nombre de la cooperativa de la que forman parte.

15. Ello no obstante, cabe recordar que el empresario del transporte debe acreditar capacidad financiera, lo que exige tener capacidad para responder permanentemente de sus obligaciones económicas a lo largo del ejercicio económico anual, y disponer al menor, de capital y reservas por un importe mínimo de 9.000 euros, cuando se utilice un solo vehículo y de 5000 euros más por cada vehículo adicional utilizado.

16. El contrato de transporte de mercancías se define en la ley como aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato (art. 2.1. LCTTM).

3. La distinción entre cooperativa de transportes y de transportistas

La legislación cooperativa establece que cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una cooperativa (art. 1.2 Ley 27/1999 LC o art. 1.3 Ley 4/1993 LCPV); así que, tanto los transportistas, como los usuarios del transporte o los conductores y demás trabajadores del sector del transporte, pueden constituir una cooperativa, de servicios, de consumo o de trabajo asociado, según el interés que se persiga.

La cooperativa de transportes es una cooperativa de trabajadores que se unen para crear una empresa de transporte que les genere puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo (art. 10.1 LC 27/1999 y art. 103 LCPV 4/1993); mientras que la cooperativa de transportistas es una cooperativa de servicios, creada por empresarios del transporte con el fin de prestar servicios y suministros a éstos, y realizar operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios (art. 100 LC 27/1999 y art. 123 LCPV 4/1993). Es decir, la empresa transportista en el primer caso es la cooperativa; mientras que en el segundo, son los socios los que tienen la condición de transportistas, actuando la cooperativa como empresa de servicios y en ocasiones también como agencia de transportes para sus socios transportistas¹⁷.

En una cooperativa de transportes (CTA) los socios trabajan en el desarrollo de la actividad objeto de la cooperativa, en este caso, el transporte; pueden ser conductores o realizar cualquier otro trabajo, pero en sus relaciones con los clientes, como dijimos, actúan en nombre de la cooperativa¹⁸. En la cooperativa de transportistas (cooperativa de servicios), sus socios son transportistas y desarrollan esta actividad en nombre propio asumiendo directamente todas las consecuencias de la misma.

17. Como dice el Reglamento de la LOTT en relación con las agencias de transporte de mercancías, las cooperativas de transportistas en tanto que su intermediación se limite a la comercialización de los transportes prestados por aquellos de sus socios que sean titulares de autorización de transporte de mercancías, no necesitarán obtener autorización como operador de transporte de mercancías (art. 159). Como se dice en su exposición de motivos, el legislador quiere facilitar el establecimiento de cooperativas de transportistas como instrumento efectivo que puede paliar los problemas de comercialización que padecen las pequeñas y medianas empresas del sector. Sobre las funciones que puede desarrollar una cooperativa de transportistas: GARCÍA CACHAFEIRO (2006).

18. La ley contempla incluso que sean los socios de las cooperativas de trabajo asociado quienes contraten directamente los transportes, pero recuerda que deberán hacerlo en nombre de la cooperativa a la pertenecen, quedando ésta obligada como porteador frente al cargador con quien contraten aquéllos (art. 5.3 LCCTM).

En el caso en cuestión, UNIDRIVER, S.COOP es una CTA y el actor es un conductor que trabaja en la cooperativa. Ello no le impide tener un trato directo con el cliente de la cooperativa, que como cargador, o como arrendador del vehículo puede hacer indicaciones sobre el transporte a realizar o sobre el uso y mantenimiento del vehículo. Como dice la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana *“no alcanzamos a entender cómo pudiera llevarse aquél a término si la propia empresa para la que se prestaba el servicio no estipulaba los puntos de entrega y recogida y sus fechas. Pero entender y que de ahí pueda concluirse que el trabajo del actor era organizado por el grupo, no lo compartimos”*¹⁹.

4. El trabajador asociado: entre trabajador autónomo y trabajador dependiente

Por último, debe señalarse que si bien los trabajadores que pueden ser socios de una cooperativa de transportistas serían trabajadores autónomos, titulares de una empresa de transporte; no hay que caer en la tentación de pensar que los trabajadores socios de una cooperativa de transportes (CTA) serían trabajadores dependientes de la cooperativa.

Entre los trabajadores autónomos, definidos en la ley como personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo²⁰; y los trabajadores dependientes, que prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica²¹; están los trabajadores asociados, como son los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, y en general cualquier trabajador cuya prestación de servicios se basa en una relación societaria (consecuencia de sus obligaciones como socios).

Estos socios trabajadores se caracterizan porque el vínculo que les relaciona con la cooperativa no es un contrato laboral sino un vínculo societario como dice la legislación (art. 80.1 LC). Pueden trabajar en la cooperativa en la medida en que

19. En efecto, en la relación con el cargador, la actividad de la CTA no se diferencia de la de cualquier otra empresa de transporte, y por tanto, los conductores (sean socios o trabajadores) deberán transportar las cargas contratadas, siguiendo las rutas y cumpliendo las condiciones establecidas y acordadas en particular con el cargador (MUNDO, 2013:240).

20. Art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (ETA).

21. Art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

son socios de la misma y mientras lo sean (art. 80.3 LC). Sus condiciones vienen determinadas por lo previsto en los estatutos sociales, reglamento de régimen interno y acuerdos sociales. El principal derecho y deber del socio trabajador según la legislación cooperativa es el de trabajar en la cooperativa (arts. 15 y 16 LC), a cambio tienen derecho al reparto de los resultados, en proporción al trabajo realizado por cada uno. Este excedente (o beneficio) se debería recibir al cierre del ejercicio como es normal en toda empresa, incluso cooperativa; sin embargo, la ley quiere que en las cooperativas de trabajo asociado, se vaya anticipando al socio, mensualmente, una parte del excedente, a cuenta del resultado final (art. 80.4 LC). Pero el socio trabajador tiene también otros derechos: de información y control; el derecho a participar con voz y voto en los órganos sociales y en todas las actividades que desarrolle la cooperativa; a ser elector y elegible para los cargos sociales; a la formación profesional adecuada para realizar su trabajo o a la educación cooperativa, etc.

En el desarrollo de su trabajo, el socio de una cooperativa puede gozar de bastante autonomía, o puede estar sometido a concretas indicaciones aprobadas por los socios de la cooperativa, o los representantes, en quienes hayan delegado la toma de estas decisiones; pero no por ello cambia su estatus de socio trabajador. Por tanto, su actividad de cara al mercado se realizará en nombre de la cooperativa quien asumirá los riesgos de su actividad, pero también los socios, puesto que no trabajan a cambio de un salario sino de una distribución de los excedentes, en proporción al trabajo desarrollado por cada uno; por tanto, su remuneración depende de los ingresos y gastos que arrojen las cuentas anuales.

A pesar de no ser trabajadores autónomos, ni trabajadores dependientes, en su relación con la Seguridad Social, los socios trabajadores no tienen un régimen especial, sino que se admite que puedan optar colectivamente en cada cooperativa por afiliarse al RETA, o al RGSS como asimilados a trabajadores dependientes²².

En definitiva, y volviendo al caso analizado en la sentencia que comentamos, el actor como socio trabajador de la cooperativa de transportes no mantiene una relación laboral ni con la cooperativa, ni con los clientes de ésta, por el hecho de conducir el vehículo encargado de realizar el transporte contratado con la cooperativa. Cuestión distinta puede ser, cuando el conductor no es un socio trabajador de la cooperativa, sino que asume otras funciones, como la de socio colaborador, pero ello será analizado más adelante.

22. Art. 14 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

5. El caso de los transportistas (de facto) que facturan en nombre de la cooperativa

Una situación particular se ha dado en relación con las cooperativas de transporte hasta la aprobación de la Ley 9/2013, de 4 de julio que modifica la LOTT, lo que ha contribuido a generar confusión en este sector, y cuyos efectos se aprecian sobre todo en la citada sentencia del TSJ de Navarra que sirvió de contraste para la sentencia que comentamos del Tribunal Supremo²³.

La situación se plantea a partir del ingreso de España en la Unión Europea y la incorporación de la normativa en materia de transportes terrestres de mercancías, que obliga a los transportistas a cumplir normas comunes sobre el ejercicio de la profesión de transportista. Entre otras condiciones, las de cualificación profesional y capacidad financiera fueron las más costosas para nuestros transportistas. Ante esta situación, desde la legislación cooperativa se buscó dar apoyo a los transportistas que no cumplieran las nuevas condiciones para el ejercicio de la profesión. Así, la ley valenciana de cooperativas 11/1985 incorporó en su art. 80 la regulación de las Cooperativas de Transporte²⁴, cuyo objeto era organizar y prestar servicios de transporte o bien la realización de actividades que hagan posible dicho objeto, y bajo cuya denominación establece tres categorías: A) La cooperativa de trabajo asociado o de transportes propiamente dicha, que agrupa a “transportistas” conductores u otro personal con el fin de llevar a cabo el objeto social, y cuyos estatutos podrán establecer que todas o parte de las aportaciones a capital consistan en uno o más vehículos, que serán devueltos junto con su fondo de amortización en caso de reembolso del capital por baja del socio, *“excepto cuando el socio por sí mismo no pueda adquirir, conforme a la normativa vigente, la condición de transportista”*. Así mismo, la ley contempla que pueda imputarse a cada vehículo los gastos que genere. B) La cooperativa de servicios o de transportistas, que tiene por objeto facilitar la actividad empresarial realizando labores tales como organizar transporte, administración y talleres. C) La de cooperativas de transporte mixta, formada por trabajadores (conductores) y transportistas.

En esos momentos, se constituyeron muchas cooperativas de trabajo asociado formadas por “transportistas” con vehículo pero sin autorización administrativa,

23. La Ley 9/2013 aportó muchos más cambios no sólo para las cooperativas de transporte, sino también para las de transportistas. Véase al respecto GUINOT (2014).

24. Como dice VERCHER (1997: 180-181) esta fue la única ley en regular las cooperativas de transporte.

que integrándose en la cooperativa podrían aprovechar la autorización de esta como empresa de transporte, para poder seguir desarrollando su actividad. El problema se planteó porque estos conductores con vehículo propio seguían contratando y facturando a sus clientes particulares en su propio nombre y no en nombre de la cooperativa como procedía. Esta situación irregular que algunos autores defendieron como legal²⁵, fue objeto de numerosas sanciones desde los Servicios de Inspección del Transporte por Carretera²⁶, hasta que la Ley 9/2013 vino a modificar la LOTT y recogió dicha práctica como infracción muy grave, acreedora de una importante sanción. La ley incorporó un primer párrafo al art. 22 que recuerda que *“Únicamente podrá contratar la realización de servicios de transporte terrestre de mercancías en concepto de porteador, y emitir facturas en nombre propio por su prestación, quien previamente sea titular de una licencia o autorización que habilite para realizar transportes de esta clase o, en otro caso, de una autorización de operador de transporte de mercancías”*; y en el art. 140. 2 incorpora como infracción muy grave: *“La contratación como porteador o la facturación en nombre propio de servicios de transporte sin ser previamente titular de autorización*

25 ALGUACIL, LÓPEZ GANDÍA y ALFONSO MELLADO (2013). En contra MUNDO (2013, 219).

26. En 2008, el Ministerio de Fomento difundió una circular sobre las Tarjetas de Transporte que advertía de la irregularidad de la práctica llevada a cabo por algunas cooperativas de transporte: *“Por parte de los Servicios de Inspección de Transporte por Carretera, se viene detectando un uso indebido de autorizaciones administrativas de transporte de servicio público de mercancías adscritas a determinadas Cooperativas de Transportes de Trabajo Asociado. Los socios cooperativistas, vienen utilizando, de forma irregular, dichas autorizaciones para realizar transporte público de mercancías en nombre propio, facturando directamente a los cargadores, los servicios que realizan como transportistas efectivos, cuando esta condición debe recaer sobre las cooperativas, que son las titulares de las autorizaciones administrativas de transportes y las que por la legislación vigente únicamente pueden realizar dicha facturación”*... *“Las empresas usuarias de transportes de mercancías por carretera (cargadores) están obligadas, por una parte, a contratar los servicios de transporte con transportistas o intermediarios debidamente autorizados y por otra, a confeccionar y expedir un documento por cada uno de los envíos en que se materialicen los contratos de transporte de mercancías por carretera que celebren.”*... *“Cuando un usuario de transporte de mercancías (cargador) contrata directamente un servicio de transporte y este vaya a realizarse con un vehículo que tenga adscrita una autorización administrativa a nombre de una Cooperativa de Transportes de Trabajo Asociado, en el documento en el que se materialice el contrato (uno de cuyos ejemplares debe ir a bordo del vehículo) debe figurar como transportista dicha Cooperativa de Transporte titular de la autorización y la factura que se gire por la realización del servicio debe ir también a nombre de la mencionada Cooperativa de Transporte y nunca a nombre del socio cooperativista.”*... *“En el caso de que el usuario de transporte de mercancías (cargador) contratara el servicio a través de un operador de transportes (intermediario), la obligación de que la facturación se realice debidamente, recaerá sobre este último.”* Esta circular se difundió en su momento en el Boletín on-line de Información Empresarial (2008) de la Cámara de Comercio de Valencia.

de transporte o de operador de transporte. En todo caso, incurrirán en esta infracción quienes, aún siendo integrantes de una persona jurídica titular de una autorización de transporte o de operador de transporte, contraten o facturen en nombre propio la prestación de servicios de transporte a terceros o a la propia persona jurídica de la que formen parte sin ser ellos mismos, a su vez, titulares de tal autorización”.

Esta última referencia refleja la práctica irregular que se generó en muchas cooperativas de transporte y que explica por qué entre la cooperativa y sus socios se cruzaban facturas por los servicios prestados, los gastos generados con ocasión del transporte e incluso el IVA.

Tras la reforma en 2013 de la LOTT estas cooperativas siguen funcionando como cooperativas de trabajo asociado pero los conductores con vehículo y sin autorización propia, contratan y facturan en nombre de la cooperativa que es la que por reunir todos los requisitos que exige la ley tiene la condición de empresaria del transporte.

6. La presencia de socios colaboradores en una cooperativa de trabajo asociado

En el caso analizado, los conductores de los vehículos que realizan al actividad de transporte de la cooperativa de trabajo asociado, no son socios trabajadores, como cabría esperar sino socios colaboradores.

El Tribunal advierte de esta particularidad al final de la sentencia cuando ya ha llegado a la conclusión de que la cooperativa es fraudulenta porque carece de una verdadera actividad económica.

La referencia a los socios colaboradores, y su regulación en la Ley estatal, y no en la ley vasca, como procedía, le reafirman en su convicción de que se hace un uso fraudulento de la cooperativa.

En particular, el Tribunal se fija en dos normas que son clave, la que describe la función del socio colaborador en la cooperativa y la que determina los límites a su derecho de voto.

La figura del socio colaborador tiene su antecedente en el llamado “asociado” que siguiendo la tendencia en diversos países europeos, se introdujo en los años 80 y 90 en las leyes de cooperativas con el fin de favorecer la financiación de la cooperativa. El asociado, como *l'associé non coopérateur*, en Francia o *il socio sovventore*, en Italia, era una persona a la que por contribuir al capital de la cooperativa se le reconocían determinados derechos de voto y representación, siempre limitados, dado que el socio principal en la cooperativa es el socio cooperador o

cooperativista, es decir, el que además de contribuir al capital social, participa en la actividad cooperativizada, como trabajador (cooperativa de trabajo asociado), consumidor (cooperativa de consumidores) empresario o profesional (cooperativa de servicios). Así, la Ley General de Cooperativas 3/1987, siguiendo esta tendencia reguló en sus arts. 39 a 41 la figura del asociado, como persona que contribuye al capital social de la cooperativa, y que no puede tener a la vez la condición de socio.

Poco después la Ley vasca 4/1993 seguida de cerca por la Ley estatal 27/1999 sustituirán la figura del asociado por la del socio colaborador. Respecto de éste dice la primera que podrán adquirir tal condición aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, *“sin poder realizar plenamente el objeto social cooperativo, puedan colaborar en la consecución del mismo”*. El conjunto de estos socios, no podrá ser titular de más de un tercio de los votos ni en la Asamblea General ni en el Consejo Rector de la Cooperativa (art. 19.2). En la ley vasca, el socio colaborador puede participar en la actividad económica de la cooperativa. El anteproyecto de nueva ley vasca de 18 de diciembre de 2018 prevé expresamente que tenga derecho a participar en los resultados de la cooperativa en función de *“su participación en la actividad cooperativizada”* (art. 19.5).

Sin embargo, la Ley estatal de cooperativas, recoge la figura de los socios colaboradores como *“personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución”* y limita sus derechos de voto en los órganos sociales no pudiendo superar el treinta por ciento de los votos (art. 14).

Como puede verse existe una importante diferencia entre ambas normas, en la primera si es posible que el socio colaborador participe en la actividad económica y en la segunda no.

En el caso analizado en la sentencia objeto de este comentario, UNIDRIVER S.COOP es una cooperativa que se rige por la ley vasca de cooperativas y que conforme a la misma tiene socios colaboradores, como el actor, que participan en la actividad cooperativa (transporte); no siéndole aplicable en cambio la ley estatal como hace el TS donde el socio colaborador tiene vetado participar en la actividad cooperativa.

Para comprender realmente qué actividades desarrollan los socios trabajadores y cuales por diferencia los socios colaboradores, sería necesario conocer mejor el contenido de los estatutos sociales de la cooperativa, donde deben reflejarse los derechos y deberes de ambos colectivos (art. 13 LCPV) y los pactos celebrados entre los socios colaboradores y la cooperativa (art. 19.2 LCPV).

En cualquier caso, no puede llegarse a la conclusión de que UNIDRIVER S.COOP hace un uso fraudulento de la forma cooperativa por no respetar una norma que no le es de aplicación, como la Ley estatal de cooperativas.

7. El “uso fraudulento” de la cooperativa y la aplicación del art. 6.4 del Código Civil

Los anteriores comentarios a la argumentación del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los hechos, la calificación jurídica o la aplicación de las normas cooperativas, no impide que compartamos la preocupación por un posible uso fraudulento del derecho en este caso.

En particular, por la utilización de la figura del socio colaborador, un socio cuya función ha de ser complementaria a la actividad principal de la cooperativa, pero que en este caso desarrollan precisamente el objeto social de la cooperativa. Como vimos, la ley vasca de cooperativas parece permitir que este socio participe en la actividad económica de la cooperativa a diferencia de la ley estatal, aunque no concreta exactamente en qué medida, limitándose a decir que no pueden desarrollar “plenamente el objeto social”, lo que es difícil de concretar y por tanto de determinar cuándo se hace un uso abusivo de ésta figura. Pero lo que sí se desprende de los hechos probados en el caso es que no es propio de una cooperativa de trabajo asociado de transportes, que la actividad principal (el transporte) sea desarrollada por personas que no tienen la condición de socios trabajadores, sino de socios colaboradores, lo que implica a su vez, que siendo el colectivo más importante en la cooperativa (115 miembros) su capacidad de decisión no pueda superar un tercio de los votos en todos los órganos.

Creemos por ello que podríamos encontrar ante un caso de fraude de ley como también ha destacado algún autor²⁷. En efecto, el Código Civil en su art. 6.4 señala que “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir*”.

En el caso de la cooperativa UNIDRIVER, existe una cooperativa formalmente constituida, que desarrolla una actividad económica por medio de sus

27. GRAU (2019). Interesante sería también cuestionar si no estaríamos ante un supuesto de nulidad por simular la constitución de una cooperativa cuando el propósito real es otro. Sobre esta posible vía véase SÁNCHEZ PACHÓN (2018).

socios trabajadores, pero que utiliza sobre todo el trabajo de otras personas, que se identifican como socios colaboradores. Si estamos en una cooperativa de trabajo asociado y estas personas no son socios trabajadores, ¿en concepto de qué prestan sus servicios en la cooperativa?, la respuesta podría ser, en concepto de subarrendatario del transporte como trabajadores autónomos, o en concepto de trabajadores asalariados de la cooperativa. Lo primero no es posible, porque estos trabajadores (socios colaboradores) no tienen la preceptiva autorización para ejercer la actividad de transporte, por lo que sólo cabe la posibilidad de que presten su trabajo como trabajadores asalariados. Una CTA puede contratar los servicios de trabajadores asalariados siempre que no se supere un determinado límite: 30% de las horas/año realizadas por los socios trabajadores (art. 80.7 LC) o 25% en el caso de la Ley vasca de cooperativas; aunque si la cooperativa tiene menos de ocho socios trabajadores, según esta ley, *“podrán emplear hasta un máximo de dos trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena”* (art. 99.4 LCPV).

UNIDRIVER no podría haber subcontratado su actividad con los trabajadores (socios colaboradores) porque no tienen la preceptiva autorización para ser transportistas, y tampoco podría haberlos contratado como trabajadores asalariados, pues como mucho podría haber contratado a dos trabajadores. Siendo UNIDRIVER una cooperativa de trabajo asociado, sus trabajadores debería ser socios trabajadores en su mayor parte, y tener por lo menos la posibilidad de serlo, puesto que la adhesión a la condición de socio debe ser voluntaria.

El modelo de organización de UNIDRIVER no es compatible con el de una cooperativa de trabajo asociado, por lo que también podría procederse a su descalificación como tal (art. 116 LC y 141 LCPV), sin perjuicio de que pueda apreciarse por el Tribunal fraude de Ley.

Para que pueda calificarse una actuación como fraude de ley se requiere la existencia de una serie de actos en apariencia legales, porque están amparados por la ley (ley de cobertura), pero que en el fondo tratan de eludir otras normas que son las que procedería aplicar. La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene afirmando que *“se reputará fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico”*²⁸. En este caso, podría entenderse que la propia constitución de la coope-

28. Entre otras pueden citarse las SSTs de 21 de diciembre de 2000; 17 de enero de 2001, 17 de octubre de 2002, 13 de junio de 2003 o 31 de octubre de 2006.

rativa y toda su organización está diseñada para disponer de trabajadores a los que no les sea de aplicación las normas laborales que protegen al trabajador, ni cuenten con los derechos que como socios trabajadores les depara la legislación cooperativa.

La sentencia comentada era una buena oportunidad que se ha desaprovechado, para desarrollar una doctrina clara sobre el fraude de ley cuando se utiliza la cooperativa para propósitos espurios como es la precarización del trabajo.

VIII. Conclusiones

La primera conclusión que puede extraerse del anterior análisis es que si bien es posible que el supuesto analizado sea un caso de falsa cooperativa, como ha presumido el Tribunal desde el primer momento, la sentencia no ha logrado demostrarlo, al poner el acento en irregularidades que no son tales.

No puede presumirse que la actividad del transporte, sea una actividad laboral por desarrollarse el transporte por cuenta ajena y siguiendo las instrucciones del cargador en cuanto al lugar y fecha de la carga y descarga. Por el contrato de transporte el porteador se obliga a trasladar bienes o mercancías, no a prestar sus servicios al cargador, por ello puede realizar el transporte por sí o por medio de otro, utilizando sus propios medios u otros.

Tampoco puede compartirse que el trabajador que presta servicios de transporte, sólo pueda ser un trabajador autónomo o un trabajador dependiente. En las cooperativas de trabajo asociado como las cooperativas de transportes, los socios trabajadores no son trabajadores autónomos ni trabajadores dependientes, porque aunque dispongan de bastante autonomía en su trabajo, pudiendo incluso contratar directamente con los clientes de la cooperativa, deben hacerlo siempre en nombre de la cooperativa; mientras que el trabajador autónomo contrata en su propio nombre.

Una empresa, cooperativa o no, puede desarrollar su actividad económica en su totalidad o mayor parte para un solo cliente, sin que eso signifique *per se* que es una entidad ficticia carente de cualquier actividad económica real. El Tribunal en cambio considera que, aunque no lo ponga en duda ninguna de las partes en el proceso, no es suficiente la constitución formal de una cooperativa, para evidenciar su realidad, sino que debe demostrar que desarrolla una actividad real en beneficio de sus socios. El Tribunal parece presumir en este caso que la cooperativa de trabajo asociado es una forma jurídica pensada para huir del derecho

laboral, en lugar de un modelo de organización basado en la autogestión de sus trabajadores.

Además, el Tribunal confunde los fines propios de una cooperativa de transportes (CTA) con los de una cooperativa de transportistas (cooperativa de servicios), y llega a la conclusión de que la cooperativa en cuestión no desarrolla ninguna actividad porque no dispone de una infraestructura orientada a dar servicio a sus socios; como si de una cooperativa de servicios se tratara.

Una cooperativa de transportes, que dispone de autorización administrativa para realizar transportes, cuenta con vehículos suficientes y adecuados para llevar a cabo la actividad, personal para conducir los vehículos y realizar la actividad administrativa, y clientes, aunque sean pocos, no puede decirse que no realiza una verdadera actividad económica y por tanto, hace un uso fraudulento de la forma societaria.

Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado no son trabajadores autónomos y por tanto aunque tengan autonomía en su actuación deben contratar siempre en nombre de la cooperativa. Ello no obstante hemos visto como hasta fechas recientes (2013), algunas cooperativas de trabajo asociado se constituían por trabajadores autónomos, provistos de vehículo pero no de autorización administrativa, para seguir desarrollando su actividad en nombre propio, bajo la autorización administrativa expedida a la CTA. Esta mala praxis parece haberse erradicado a partir de su consideración como infracción muy grave en la legislación que regula el transporte; pero conviene tenerla presente para entender determinadas conductas que todavía nos muestran las sentencias analizadas, en particular la STSJ de Navarra.

Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tampoco son trabajadores dependientes, y por ello no les es aplicable la normativa laboral sino la que ellos decidan y reflejen en sus estatutos, reglamentos de régimen interior o acuerdos sociales. La relación que vincula a los socios trabajadores con la CTA y a los cooperativistas con las cooperativas, en general, es una relación societaria, como expresamente subraya la legislación cooperativa.

Ahora bien, los trabajadores de la cooperativa demandada que desarrollan la actividad de transporte son socios colaboradores, esto es, no son socios trabajadores ni tampoco trabajadores autónomos, al no disponer de autorización para el ejercicio de la profesión. Ello parece posible a la vista de la legislación cooperativa vasca, que es la aplicable al caso, pero plantea la cuestión de determinar en concepto de qué trabajan los socios colaboradores. La respuesta sólo puede ser

que en concepto de trabajadores dependientes de la cooperativa. Al tratar a estos empleados como si de socios trabajadores se tratara se está vulnerando la legislación laboral, bajo el amparo de la normativa cooperativa.

La solución debería venir por la vía del reconocimiento del fraude de ley, aplicando, como exige el art. 6.4 del Código civil las normas que se han tratado de eludir, y reconociendo a estos trabajadores (socios colaboradores) la protección que como tales merecen.

Bibliografía

- ALGUACIL, M.P., LÓPEZ, J. & ALFONSO, C.: “Informe sobre la oportunidad de la proyectada modificación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, en relación con los efectos que la misma implicaría para las cooperativas de transporte”, *Revista Vasca de Economía Social*, GEZKI, nº 9, 2013, pp. 9-30.
- GARCÍA, F.: “Las cooperativas de transportistas”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, pp. 419-429.
- GARCÍA, M.: “Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis Jurisprudencial y propuestas de actuación”, *Ciriec-España. Revista Jurídica* nº 33/ 2018 pp. 185-222.
- GRAU, C.: “Una sentencia del Tribunal Suprem posa fre a l’ús fraudulent de la cooperativa per eludir els drets de les treballadors” *Cooperació Catalana*, Ed. Fundació Roca i Galés, nº 426 /2018.
- GRAU, C.: “El uso fraudulento de las cooperativas. Análisis del supuesto de hecho y breves comentarios sobre la jurisprudencia” *ADEFINITIVAS* (23 mayo 2019).
<https://adefinitivas.com/2019/05/23/el-uso-fraudulento-de-las-cooperativas-analisis-del-supuesto-de-hecho-y-breves-comentarios-sobre-la-jurisprudencia-a-cargo-de-cristina-r-grau-lopez/>
- MUNDO, M.: *Las sociedades cooperativas de transporte. Régimen jurídico y aspectos controvertidos*. Marcial Pons, 2013.
- MUNDO, M.: “Principales novedades en las cooperativas de transporte de mercancías por carretera tras la reforma de la normativa de ordenación de los transportes terrestres”. *Revista de derecho del transporte terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 10, 2014, pp. 93-122.
- ROJO, E.: Traductores e intérpretes jurados, montadores de ascensores, profesorado de academia, repartidores... y ahora transportistas. Sigue la saga de falsos autónomos (y además, en una falsa CTA). Notas a la sentencia del TS de 18 de mayo de 2018. *Blog*, 24 junio 2018.
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/06/traductores-e-interpretes-jurados.html>

- SÁNCHEZ, L.A.: “Cooperativas y profesionales. Problemática del ejercicio de actividades profesionales por medio de cooperativas”. *Ciriec-España. Revista Jurídica* nº 33/ 2018 pp. 223-258.
- TODOLÍ, A.: “El Tribunal Supremo determina cuándo se está ante una Falsa Cooperativa (afectará a las cárnicas)”. *Blog Argumentos de Derecho Laboral*, 25 junio 2018. <https://adriantodoli.com/2018/06/25/el-tribunal-supremo-determina-cuando-se-esta-ante-una-falsa-cooperativa-afectara-a-las-carnicas/>
- VERCHER, J.: “Cooperativas de Servicios y Transportes”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, nº 64, 1997, pp. 179-182

RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN POR JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA AL SOCIO DE UNA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2019, unificación doctrina (RCUD 1741, 2017)

M^a José Arnau Cosín

Doctoranda en Economía Social

Instituto Universitario de Investigación en Economía Social,
Cooperativismo y Emprendimiento (IUDESCOOP)

Universitat de València

La sentencia escogida, de la que es ponente la Excm. Sra. D^a Concepción Rosario Ureste García, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (en adelante, RCUD) al existir contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste. En este caso, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en lo sucesivo TS) reconoce a una socia de Cooperativa de Trabajo Asociado la pensión de jubilación anticipada tras la extinción de su contrato por causas económicas, acordado por Asamblea General de la cooperativa en el seno del concurso voluntario en el que se hallaba la cooperativa.

Además, en esta sentencia se incorporan resoluciones precedentes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en las que se ha reconocido la jubilación anticipada al socio trabajador de una cooperativa.

I. Planteamiento

Este recurso tiene su origen en la reclamación planteada por parte de una socia de una cooperativa de trabajo asociado frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de jubilación. El socio reclama el reconocimiento de la jubilación anticipada tras

la extinción de su contrato por causas económicas, acordado por la Asamblea General de la Cooperativa en el seno del concurso voluntario en el que se hallaba la cooperativa. Dicho socio estaba incluido en el Régimen General de la Seguridad Social (en lo sucesivo RGSS) y por tanto, equiparado a los trabajadores por cuenta ajena.

1. Antecedentes del conflicto

Los antecedentes fácticos que conducen al pronunciamiento del Tribunal Supremo son los siguientes:

- La socia formaba parte de una cooperativa en la que prestaba sus servicios como socia trabajadora y se encontraba dada de alta en el RGSS.
- La cooperativa fue declarada en concurso voluntario 1030/13 por parte del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Donostia, y como consecuencia se procedió a la extinción colectiva de los trabajadores por cuenta ajena de la cooperativa. Poco después, la Asamblea General de EDESA acordó, el 25 de febrero de 2014, la extinción del derecho a prestar su trabajo de los socios trabajadores por causas económicas, con efectos a partir de la resolución de la Autoridad Laboral que reconozca la situación de desempleo, conforme a lo previsto en el R.D. 1043/1985. El Director de Trabajo y Seguridad Social del Departamento de Empleo y Políticas Públicas declaró a los socios trabajadores de la cooperativa (incluida la recurrente) en situación legal de desempleo a partir del 24 de marzo de 2014.
- El 3 de noviembre de 2015 la socia solicitó al INSS la jubilación anticipada, solicitud que fue denegada conforme al siguiente argumento: *“la asimilación de los socios cooperativistas a trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal al sólo efecto de su inclusión en el régimen general de la Seguridad Social, por lo que están excluidos de la aplicación de las normas laborales y, por lo tanto, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.- Por lo que no puede acceder a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador ya que se requiere que el motivo del cese en el trabajo se encuentre entre las causas legalmente tasadas según lo establecido en el vigente artículo 161 bis 2.a apartado d) de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD 1/1994, de 20 de junio”*.

La socia presenta la reclamación previa contra la denegación del INSS el cual confirma dicha denegación, lo que supone la interposición de la correspondiente demanda por parte de la socia en materia de jubilación anticipada involuntaria.

2. La sentencia de suplicación

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJPV) desestima el recurso de suplicación planteado por la socia y por tanto, confirma la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social núm.9 de Bilbao que, le había denegado el reconocimiento a la jubilación anticipada involuntaria.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

La socia formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina contra Sentencia dictada por el TSJPV de 14 de marzo de 2017, rec. 347/2017 y aporta como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (en lo sucesivo TSJLR), de 12 de mayo de 2016 (R. 82/16).

La cuestión planteada en el recurso de casación gira en torno a las siguientes normas: la Disposición Adicional 4ª y arts.7.1. c) y 97.1 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), el artículo 8 del Reglamento de Inscripción de Empresas y el artículo 129 de la Constitución Española en relación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado encuadrados en el RGSS.

El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en decidir si la socia de una cooperativa de trabajo asociado afiliada al RGSS, tiene derecho a la jubilación anticipada cuando, reuniendo el resto de los requisitos exigidos por la ley, su contrato se ha visto extinguido por Auto del Juzgado de lo Mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno de un concurso en que se hallaba inmersa la cooperativa.

El Ministerio Fiscal considera que es improcedente este recurso, al entender que se incumplen los requisitos del artículo 161.bis.2 de la LGSS que es el actual artículo 207.1 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social¹ (en lo sucesivo, TRLGSS). Por el contrario, el Tribunal estimó el recurso.

1. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm.261 de 31 de octubre de 2015).

II. Fundamentación jurídica de la sentencia

En esta sentencia, el TS estima el RCUd formulado por la socia trabajadora de una cooperativa, y cómo consecuencia, dicho tribunal reconoce a la socia el derecho a la prestación por jubilación anticipada involuntaria. Si bien, lo interesante en el presente caso es ver cuál es la fundamentación jurídica que le lleva a tal consideración.

1. Sobre el alta de los socios trabajadores en el RGSS y la jubilación anticipada involuntaria

En primer lugar, según el art. 80, apartados 1 y 2 de la Ley 27/1999, de 16 de julio (en adelante LC) la cooperativa de trabajo asociado tiene por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros; por lo que para ser socio trabajador hay que tener capacidad para contratar la prestación de su trabajo; sin embargo, la relación que vincula al socio trabajador con la cooperativa es societaria y no laboral, dada su doble condición de trabajador y propietario de la empresa. Dicha relación debe regirse por lo acordado por mayoría entre los socios trabajadores y se refleje en los estatutos sociales, reglamento de régimen interior y acuerdos sociales adoptados en asamblea, y no por contratos de trabajo ni normas laborales.

No obstante lo anterior, el socio trabajador como cualquier otro ciudadano, debería tener acceso a la protección social², en este sentido el artículo 7 c) del TRLGSS incluye expresamente al socio trabajador de una cooperativa en el sistema de la Seguridad Social³, establece algunas especialidades⁴, y autoriza al Gobierno

2. Art.7 c) TRLGSS “Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.”

3. El artículo 39 de la CE “ 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” y Artículo 41 “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

4. López Gandía, J. (2017): *Cooperativas y Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, p. 11.

a adaptar las normas sobre Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa (art. 14. 4 TRLGSS).

Así, el artículo 14 del TRLGSS tras recordar que los socios trabajadores disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, añade que, la cooperativa de trabajo asociado puede optar entre las modalidades siguientes:

a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.

b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente. Esa opción deberá incluirse en los estatutos y solo podrá modificarse en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca. Cabría añadir que, siendo una mención estatutaria, su inclusión y modificación requerirá el acuerdo mayoritario de los socios exigido por la legislación cooperativa para toda modificación estatutaria.

¿Qué implica que la cooperativa opte por dar de alta a sus socios trabajadores en el RGSS y que estos sean asimilados a trabajadores por cuenta ajena?

A bote pronto la respuesta sería que los socios trabajadores tendrían los mismos derechos como beneficiarios de la Seguridad Social que los trabajadores por cuenta ajena, es decir, se les aplicaría la misma acción protectora en materia de afiliación, cotización y prestaciones.

Ahora bien, la asimilación no va a ser total puesto que el legislador excluye expresamente de las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial a las cooperativas de trabajo asociado (art. 14.3 TRLGSS) . Por ello, si la Ley de protección social no establece exclusión alguna nos encontramos ante una asimilación total de ambos colectivos en el RGSS.

En segundo lugar, si el socio trabajador esta dado de alta en el RGSS ¿tiene derecho a la jubilación anticipada por causas no imputable al mismo? Si nos ceñimos a la equiparación entre el socio trabajador y el trabajador por cuenta ajena, la respuesta es afirmativa, dado que el legislador no lo ha excluido de la misma. No obstante, vamos a ver cuáles son los requisitos que establece la norma social para esta prestación de jubilación.

Según el art. 207.1 TRLGSS el acceso a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador exigirá los siguientes requisitos:

a) Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a) sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el artículo anterior.

b) Encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

d) Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.^a El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.^a El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.^a La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

4.^a La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

5.^a La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En los supuestos contemplados en las causas 1.^a y 2.^a, para poder acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.

El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.”

Si analizamos este artículo 207.1 d) del TRLGSS se utilizan términos “*trabajador por cuenta ajena*”, “*el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral*”, “*despidos objetivos por causas económicas*” y “*que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente por la extinción de contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización*”. En consecuencia, este precepto está utilizando los términos propios de una relación laboral y es necesario destacar que a un socio trabajador no se le despiden sino que causa baja de la cooperativa y que es posible que no perciba indemnización alguna como consecuencia de su baja obligatoria. Por tanto, si esta norma le es de aplicación al socio trabajador, la interpretación de la misma tendrá que ser acorde con esta figura, como veremos a continuación.

Como se ha indicado en los hechos, la socia trabajadora es dada de baja obligatoria por causas económicas (artículo 85 de la LC) dentro del concurso voluntario de acreedores, con fecha de efectos a partir de la resolución de la Autoridad Laboral, fecha a partir de la cual pasó a la situación de desempleo.

En consecuencia, la socia trabajadora no es despedida propiamente, sino dada de baja obligatoria y la extinción de su relación con la cooperativa se produce dentro del concurso de acreedores, siendo tal decisión adoptada por la Asamblea General de la cooperativa. Además, como consecuencia de la falta de ajenidad, la baja obligatoria de la socia no ha conllevado el deber de indemnizar como si de un despido objetivo se tratara, requisito que por tanto no puede cumplirse.

Por tanto, si nos ceñimos al tenor literal del artículo 207.1 d) del TRLGSS (anterior artículo 161.bis 2 LGSS), es decir, si hacemos una interpretación estricta, podríamos determinar que el socio trabajador no tiene derecho a la jubilación anticipada involuntaria al no habersele despedido ni colectiva ni individualmente de forma objetiva por causas económicas, ni tampoco se ha producido la extinción por resolución judicial conforme al artículo 64 de la Ley Concursal - la cooperativa estaba declarada en concurso voluntario, pero la extinción de la relación de la socia es decidida por la Asamblea General de la misma-, y por último, no percibe ninguna indemnización por dicha extinción.

En mi modesta opinión, una interpretación estricta del artículo 207.1 d) TRLGSS supone que sólo le será reconocida la prestación por jubilación anticipada involuntaria a los trabajadores por cuenta ajena, lo cual entra en contra-

dicción con la asimilación de los socios trabajadores a los trabajadores por cuenta ajena si la cooperativa opta por el RGSS (artículo 14 del TRLGSS). Y además, la modalidad de la jubilación anticipada involuntaria no es una materia que haya querido excluir el legislador social.

Por ello, es importante que se opte por una interpretación adaptada al caso de una cooperativa de trabajo asociado, y cómo consecuencia, el socio trabajador de una cooperativa pueda acreditar que su cese por causas económicas se produce como consecuencia de una reestructuración empresarial que le impide la continuidad en la misma mediante los siguientes documentos:

- a) La comunicación individual de su baja obligatoria por causas económicas o en su caso, el acuerdo de la Asamblea General en que así lo establezca, e incluso si la cooperativa está en concurso de acreedores, el Auto del Juzgado de lo Mercantil que recoja el acuerdo de dicha Asamblea.
- b) La notificación de la resolución de la Autoridad Laboral en la que consta la declaración legal de desempleo del socio, ya que es esta autoridad la encargada de constatar la existencia de la causa económica⁵.
- c) Por último, el socio trabajador podrá aportar cualquier otro documento que considere oportuno a fin de acreditar que cumple los requisitos del artículo 207.1 TRLGSS como es el informe de vida laboral con las bases de cotización, entre otros.

Tras el anterior análisis legal veamos cuál ha sido la interpretación que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dado en el presente recurso de casación.

2. Sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina

El TS considera la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia alegada como contradictoria, y por tanto, estima el recurso de casación por unificación de doctrina, al cumplirse las exigencias del artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social.

5. En el artículo 3 b) del R.D.1043/1985, de 19 de junio, se establece: *"La declaración de la situación legal de desempleo de los socios trabajadores de Cooperativas de trabajo asociado se efectuará con arreglo a las siguientes normas: b) En el caso de cese definitivo de la actividad por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor, será necesario que la existencia de tales causas sea debidamente constatada por la Autoridad Laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente."*

La sentencia de contradicción es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (TSJLR en lo sucesivo) de 12 de mayo de 2016, rec.82/16, en la que al socio de una cooperativa de trabajo asociado le fue reconocida la prestación por jubilación anticipada involuntaria. En este caso, el socio vio extinguida la relación como socio trabajador que le vinculaba a la cooperativa, por una causa económica constatada por la Inspección de Trabajo. Más tarde, estando en situación de desempleo solicitó la prestación por jubilación anticipada involuntaria, la cual fue denegada, por no haberse producido su cese en el trabajo por ninguna de las causas establecidas en el artículo 161.bis 2 de la LGSS (en la actualidad, artículo 207.1 del TRLGSS). En concreto, todos los socios de dicha cooperativa se reunieron en asamblea general extraordinaria y acordaron por mayoría presentar a la Autoridad Laboral un expediente de regulación de empleo de extinción de todos los puestos de trabajo, renunciando a la indemnización que pudiera corresponder.

Recurrida judicialmente la resolución del INSS, la sentencia de primera instancia estimo la demanda basándose en que el artículo 161.bis.2.A LGSS no puede interpretarse de forma restrictiva sino flexible, pues la relación de causas de cese involuntario que enumera no es cerrada, teniendo cabida en ella aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona en que el cese se ha producido por una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral originada por razones de tipo económico, que es la que ha dado lugar a la baja del actor en la sociedad cooperativa, colocándole en situación de desempleo.

Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala de lo Social del TSJLR, que además descarta que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, que ven extinguida la relación contractual por causa económica, estén excluidos del acceso a la jubilación anticipada involuntaria ex artículo 161.1.2 A de la LGSS.

3. La Sentencia del TS de 17 de septiembre de 2019 y su fundamentación jurídica

La Sala de lo Social del TS apoya su decisión en una serie de resoluciones precedentes a la del objeto de este recurso en las que concurren las mismas circunstancias, como son: la STS 20 de noviembre de 2011, rcud. 3407/2016; 19 de diciembre de 2018, rcud. 2233/2017 y 7 de febrero de 2019, rcud. 649/2017

(F.J. 2º párrafo 3 de la Sentencia comentada). En todas ellas se trata de otros socios de la misma cooperativa de trabajo asociado en igual situación que la socia del presente recurso y cuya pretensión fue desestimada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con análogos argumentos, e incluso invocando la misma sentencia de contraste (STSJLR de 12 de mayo de 2016, rec.82/16).

Por ello, el TS, apoyándose en la STS 10 de diciembre de 2018 señala: *“Aunque en la sentencia de contraste el despido colectivo se produce fuera de una situación de concurso que si concurre en la sentencia recurrida, la contradicción entre ambas resulta evidente puesto que concurren los requisitos previstos en el artículo 219 LRJS, dado que la identidad sustancial de hechos deriva del dato común de la existencia de una inviabilidad económica que afecta a sendas cooperativas de trabajo asociado y que provoca la extinción del contrato de los cooperativistas por dicha causas. Se pretende en ambos casos la prestación de jubilación anticipada en base al artículo 207.1.d LGSS (anteriormente el 160.1.b), obteniendo las pretensiones respuestas distintas: así mientras la sentencia recurrida entiende que el supuesto examinado no tiene cabida en el indicado precepto, la de contraste entiende que el mismo resulta plenamente aplicable.”*

En línea con lo anterior, el TS añade que en el presente caso la socia trabajadora causa baja de la cooperativa por resolución judicial al estar la cooperativa declarada en concurso de acreedores⁶, y por tanto, cumpliendo el requisito del artículo 207.1 d) apartado 3º del TRLGSS, y esté junto con los otros requisitos previstos en dicho precepto justifican el derecho de la socia a que se le reconozca la prestación de jubilación anticipada.

Además, TS vuelve a recoger parte de la fundamentación jurídica de la Sentencia de 10 de diciembre de 2018 al producirse el cese por causas económicas del socio trabajador estando la cooperativa declarada en concurso de acreedores, al igual que ocurre en el presente caso, en concreto, el Supremo argumenta: *“cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los*

6. El TS nos indica que al estar la cooperativa de trabajo asociado declarada en concurso, uno de los efectos de tal declaración es que se sigan los trámites del artículo 64 de la Ley Concursal relativo a las extinciones de contrato de los socios, para que sea válido.

contratos de los trabajadores . Sin negar el carácter de numerus clausus de la lista de supuestos que encierra el artículo 161.bis A) de la LGSS, resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial. Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones”.

En definitiva, la Sala Social del TS entiende que: *“una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el artículo 207. D) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada”.*

Por último, el TS nos recuerda la última reforma operada mediante el R.D. 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores mayores de edad y promover el envejecimiento activo, en la que se ha introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el

RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- lo cual evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa, al ser la norma general susceptible de ser interpretada, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

El Tribunal Supremo en definitiva, estima el recurso de casación por unificación doctrina planteado por la socia, y por tanto, casa y anula la STSJ PV de 14 de marzo de 2017; y revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm.9 de Bilbao, en autos nº180/2016, estimando la demanda formulada por la socia, declarando el derecho de la misma a percibir la pensión de jubilación anticipada con fecha de efectos del 3 de noviembre de 2015 (fecha en que la socia presenta la solicitud), y condena al INSS a estar y pasar tal declaración y al abono de la pertinente prestación.

IV. A modo de conclusión

Los socios trabajadores de una cooperativa que ven extinguida su relación con la cooperativa por causas económicas, esté la cooperativa en concurso o no, tienen derecho a la jubilación anticipada involuntaria. Y todo ello, por cuanto:

En primer lugar, los socios al haber optado por el RGSS les es de aplicación en su integridad las normas reguladoras del correspondiente régimen, salvo las exclusiones que contemple la norma reguladora que en este caso es el TRLGSS. Por tanto, dicha integración supone una equiparación en las normas de protección social entre los socios trabajadores y los trabajadores por cuenta ajena.

En segundo lugar, el legislador cuando ha querido establecer la exclusión del socio trabajador en el TRLGSS lo ha contemplado expresamente, y entre las exclusiones no se encuentra la jubilación anticipada involuntaria.

En tercer lugar, la Sala de lo Social en esta sentencia, y recogiendo otras anteriores, hace una interpretación integradora, dado que las causas que enumera el artículo 161.bis A de la LGSS (actual artículo 207.1 del TRLGSS) no es una lista cerrada, teniendo cabida aquellos casos absolutamente similares a los que el precepto menciona. Y además, el TS termina indicando que en la última reforma, en concreto, en el RD 5/2013, de 15 de marzo se recoge expresamente la jubilación anticipada parcial, por lo que es una clara evidencia de que el legislador no ha considerado que sea necesaria la norma expresa que recoja la jubilación anticipada ordinaria.

Por último, cabe indicar que no le es exigible al socio trabajador que acredite la indemnización que no ha percibido, por lo que no se puede entender dicho requisito cómo exigible a los socios trabajadores de cooperativas para poder percibir la prestación de jubilación anticipada.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

1 JULIO 2018 – 31 DICIEMBRE 2018

Jesús Olavarría Iglesia

Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil

“Manuel Broseta Pont”

Investigador del IUDESCOOP

Universitat de València

* *Índice sistemático*

I. Cooperativas

* *Índice cronológico*

ÍNDICE SISTEMÁTICO*

I. COOPERATIVAS

COOPERATIVAS: COMPETENCIA PARA CONOCER RECURSO DE CASACIÓN

* *ATS de 5 septiembre 2018 (Civil) (JUR 2018, 241739)*

Competencia para conocer recurso de casación en el que, invocando infracción de normas autonómicas gallegas, se alega confusión de la sentencia recurrida sobre los conceptos de aportaciones al capital social y retorno cooperativo e inexistencia del derecho al retorno cooperativo: competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y no del Tribunal Superior de Justicia porque no toda norma autonómica aplicable en litigios sobre materias de Derecho privado constituye Derecho civil foral o especial propio de la comunidad autónoma 493

COOPERATIVAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

* *STS núm. 1497/2018 de 10 de octubre de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 4696)*

Defensa de la competencia: boicot a empresa de transporte: práctica concertada que restringe o falsea la competencia. Responsabilidad de sociedad cooperativa respecto a conducta anticompetitiva de sus socios 495

COOPERATIVAS: CONDICIÓN DE NO COMERCIANTE EN LOS SUMINISTROS A SUS SOCIOS

* *STS núm. 410/2018, de 3 de julio de 2018 (Civil) (RJ 2018, 2922)*

Reclamación de cantidad de una cooperativa a un agricultor por suministro de diversos géneros. Inadmisión de prescripción de la acción. Doctrina jurisprudencial sobre art. 1967.4 CC. Con fundamento en el principio mutualista que informa nuestra legislación sobre cooperativas, cuando la cooperativa realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc), no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que dicho suministro no resulta encuadrable en el art. 1967.4 CC. 490

* Abreviaturas. RJ y JUR son referencias a la base de datos de Westlaw. ATS: Auto del Tribunal Supremo. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. Disp.: Disposición.

COOPERATIVAS: RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO RECTOR

* STS núm 597/2018, de 31 de octubre de 2018 (Civil) (RJ 2018, 5930)

Concurso culpable de sociedad cooperativa. Improcedencia de condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal mediante el pago a los acreedores del importe de los créditos no cobrados en la liquidación de la masa activa. Falta de justificación añadida a la calificación del concurso como culpable: consejo rector integrado por agricultores sin retribución y huérfanos de cualquier apoyo de gestores profesionales del ámbito mercantil, contable y fiscal que hubiera podido advertirles de la situación real de la cooperativa, así como de sus obligaciones legales de llevanza de contabilidad 502

* ATS de 12 de diciembre de 2018 (Civil) (JUR 2018, 330160)

Acción individual de responsabilidad de miembros del Consejo Rector. Prescripción. Inadmisión de recurso de casación 507

COOPERATIVAS AGRÍCOLAS

* STS núm. 410/2018, de 3 de julio de 2018 (Civil) (RJ 2018, 2922)

Reclamación de cantidad de una cooperativa a un agricultor por suministro de diversos géneros. Inadmisión de prescripción de la acción. Doctrina jurisprudencial sobre art. 1967.4 CC. Con fundamento en el principio mutualista que informa nuestra legislación sobre cooperativas, cuando la cooperativa realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc), no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que dicho suministro no resulta encuadrable en el art. 1967.4 CC. 490

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO

* ATS de 24 de octubre de 2018 (Social) (JUR 2018, 322666)

Contrata administrativa de adjudicación de servicios prestados por los socios de una cooperativa de trabajo asociado. Inexistencia de relación laboral 499

* STS núm. 1034/2018, de 10 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2019, 342)

Procedencia de jubilación anticipada de afiliado al RGSS cuya situación es la de socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado a cuya actividad se ha puesto fin por la Asamblea General de la Cooperativa con base en la situación económica en la que se encuentra y en virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso de acreedores, pasando a la situación legal de desempleo: incardinación de la situación en uno de los contemplados en art. 161.bis 2 A) LGSS 1994, aun cuando, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad "empresarial" extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador 505

* STS núm. 1091/2018, de 19 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2018, 6056)
Procede reconocer la jubilación anticipada a socia trabajadora de cooperativa de trabajo asociado por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa, por estar incluida en el RGSS y por tanto equiparada a los trabajadores por cuenta ajena..... 510

I. COOPERATIVAS

* STS núm. 410/2018, de 3 de julio de 2018 (Civil) (RJ 2018, 2922)

Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno

Resumen: *Reclamación de cantidad de una cooperativa a un agricultor por suministro de diversos géneros. Inadmisión de prescripción de la acción. Doctrina jurisprudencial sobre art. 1967.4 CC. Con fundamento en el principio mutualista que informa nuestra legislación sobre cooperativas, cuando la cooperativa realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc), no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que dicho suministro no resulta encuadrable en el art. 1967.4 CC.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. El presente caso, con relación a una reclamación de cantidad efectuada por una cooperativa por el suministro de productos realizado a un agricultor, plantea como cuestión de fondo la aplicación del art. 1967.4 del Código Civil a los efectos de la prescripción de la acción ejercitada.

2. En síntesis, la cooperativa Los Pozos, Sociedad Cooperativa de Castilla La Mancha, demandante y aquí parte recurrida, presentó una demanda de reclamación de cantidad (...) contra D. Luis Andrés. Dicha demanda traía causa del suministro de mercancías entregadas al demandado para su actividad agrícola (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc).

El demandado se opuso a la demanda y negó la existencia de la deuda.

3. En el procedimiento, entre otros extremos, quedó acreditado que la primera reclamación de la deuda, tras los impagos de la misma en los años 2000 y 2001, se realizó el 1 de octubre de 2012. Que el demandado tenía la condición de pequeño agricultor y vendía sus productos a través de la propia cooperativa, así como la existencia y legitimidad de la deuda reclamada.

4. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Tras centrar la cuestión litigiosa en la naturaleza civil o mercantil de las ventas realizadas, consideró que en el presente caso la adquisición de dichas mercancías no fue realizada con ánimo de reventa para lucrarse (art. 325 del Código de Comercio), sino para su propio consumo. Por lo que producidos los impagos en los años 2000 y 2001, cuando se presentó la demanda la acción estaba prescrita con arreglo al plazo establecido en el art. 1967.4 del Código Civil.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la audiencia lo estimó y revocó la sentencia del juzgado de primera instancia. En la línea del debate seguido en la primera instancia, consideró lo siguiente:

«[...] Esta audiencia también ha abordado esta polémica y nuestra conclusión ha sido considerar mercantil la compraventa cuando las mercancías adquiridas se incorporan a un proceso productivo, supongan o no transformación dentro de ese proceso, del que resultan productos para su venta a terceros. Entendemos que esta es una interpretación acorde con los tiempos actuales (art. 3 del Código Civil, en cuanto señala que las normas deben ser interpretadas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas) tanto de lo señalado en el art. 1967.4 del Código Civil como lo establecido en el art. 325 del Código de Comercio, al señalar éste que será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderla, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.

»[...] Desde esta caracterización de las compraventas, resulta evidente para este Tribunal que las constituyen el objeto de este procedimiento tienen una evidente naturaleza mercantil, pues no son sino adquisiciones de productos para la producción agrícola del demandado, compraventas que hoy no pueden excluirse de esa consideración, pues comprendidas dentro de la definición del art. 325 del Código de Comercio no se ven excluidas por lo dispuesto en el art. 326 del mismo texto, pues ni se pueden incluir dentro de su apartado segundo, que sólo hace referencia a los productos vendidos por agricultores y ganaderos no a las compras que es de lo que aquí se trata, ni hoy la producción agrícola puede entenderse como la pequeña producción de mera subsistencia a la que cierta jurisprudencia se acogió para desvincular tal actividad del ámbito mercantil.

»Así pues siendo hoy la actividad de las Cooperativas considerada como mercantil y habiendo vendido los productos para la producción agrícola del demandado, que a su vez vende a través de la propia cooperativa, tal como él mismo declara, y que por el volumen de tales productos, tal como se desprende de las facturas, en ningún caso pueden considerarse destinados al propio consumo, la conclusión es que estamos ante una actividad mercantil que tiene como plazo prescriptivo el de 15 años, lo que hace que la excepción de prescripción no pueda triunfar, estimándose, por tanto, el recurso en este extremo.»

6. Frente a la sentencia de apelación, el demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

(...)

Recurso de casación

TERCERO.- *Reclamación de cantidad de una cooperativa a un agricultor. Prescripción de la acción. Naturaleza y alcance del art. 1967.4 del Código Civil. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. El demandado, al amparo del ordinal 3.^a del art. 477.2 L.E.C., interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 325 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil por aplicación indebida y, a su vez, la infracción de los arts. 326.2 del Código de Comercio y 1967.4 del Código civil por inaplicación de los mismos. Argumenta, conforme al debate planteado en ambas instancias, que la naturaleza jurídica de las compraventas objeto de esta *litis* responde a su carácter civil; con lo que el plazo de prescripción, de acuerdo con el art. 1967.4 del Código Civil, sería el de 3 años. Cita en apoyo de su tesis la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en las SSTs de 30 de noviembre de 1988 y 10 de noviembre de 2000.

2. El motivo debe ser desestimado.

La *ratio decidendi* de la desestimación del motivo no descansa en la cuestión de la naturaleza jurídica de las compraventas realizadas en atención a su carácter civil o mercantil, sino en la previa interpretación y alcance del art. 1967.4 del Código Civil con relación al específico plazo de prescripción respecto del abono del precio a «los mercaderes por los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico».

En este sentido, hay que señalar, conforme a la interpretación que realiza la doctrina científica de este apartado del precepto, con base en sus antecedentes históricos, que la aplicación de esta regla escapa a la dialéctica indicada. Por el contrario dicha regla comporta la exigencia de un presupuesto que restringe su ámbito de aplicación, estos, que el acreedor deba tener la condición de mercader o comerciante.

En el presente caso, debe concluirse, con fundamento en el tradicional principio mutualista que informa nuestra legislación sobre cooperativas tanto estatal como autonómica, que cuando la cooperativa realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc) no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que dicho suministro no resulta encuadrable en el art. 1967.4 del Código Civil».

* ATS de 5 septiembre 2018 (Civil) (JUR 2018, 241739)

Ponente: Francisco Marín Castán

Resumen: *Competencia para conocer recurso de casación en el que invocando infracción de normas autonómicas gallegas se alega confusión de la sentencia recurrida sobre los conceptos de aportaciones al capital social y retorno cooperativo e inexistencia del derecho al retorno cooperativo: competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y no del Tribunal Superior de Justicia porque no toda norma autonómica aplicable en litigios sobre materias de Derecho privado constituye Derecho civil foral o especial propio de la comunidad autónoma.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La cuestión que debe decidir esta sala, constituida en pleno, es si la competencia para conocer de un recurso de casación fundado en infracción de varios artículos de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, corresponde a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o, por el contrario, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como Sala de lo Civil.

SEGUNDO.- Ninguna duda hay de que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es competente para el conocimiento y decisión de recursos de casación civil en los términos que prevén los arts. 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC y la d. final 16.^a de la propia LEC, pues el art. 22.1 del Estatuto de Autonomía para Galicia extiende la competencia de los órganos jurisdiccionales de dicha comunidad autónoma, en el orden civil, a todas las instancias y grados, «incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho Civil Gallego».

Por tanto, el factor determinante para la decisión de esta sala será si las normas autonómicas citadas como infringidas en los motivos del recurso, es decir, los artículos 64, 67 y 60 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, constituye o no, en los términos del art. 149.1-8.^a de la Constitución, Derecho civil foral o especial de Galicia o, según los arts. 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC, Derecho civil, foral o especial, «propio» de esa misma Comunidad Autónoma.

TERCERO.- Conforme al auto del pleno de esta sala de 3 de marzo de 2015, rec. 121/2014, el criterio más seguro -que ahora se reitera- para responder a esta cuestión es el de la competencia legislativa, de modo que una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho Civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1-8.^a de la Constitución, como sucede, para Galicia, con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Como entonces se razonaba, «de lo anteriormente expuesto se sigue que no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio».

CUARTO.- Según el preámbulo de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, esta se aprobó por el Parlamento de Galicia en el ejercicio de la competencia legislativa amparada en el art. 129.2 de la Constitución -en cuanto encomienda a los poderes públicos la promoción de las diversas formas de participación en la empresa y el fomento, mediante una legislación adecuada, de las sociedades cooperativas- y en el artículo 5.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia -en cuanto reconoce la potestad para hacer uso de las facultades previstas en el apartado 1 del artículo 130 de la Constitución, atendiendo a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos-. La competencia exclusiva en materia de cooperativas se asume en virtud de la transferencia hecha por la Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, ampliando la prevista en el artículo 28.7 del Estatuto de Autonomía de Galicia. Por tanto, la Ley de Cooperativas no se aprobó por el Parlamento de Galicia en el ejercicio de la competencia legislativa de conservación, modificación y desarrollo «de las instituciones de Derecho civil Gallego» atribuida a la comunidad autónoma gallega en el apartado 4 del art. 27 de su Estatuto de Autonomía.

En consecuencia, y modificando el criterio seguido anteriormente por esta sala en materia de legislación autonómica de Galicia sobre cooperativas, la competencia para conocer del presente recurso de casación corresponde a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y no a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, lo que determina igualmente la competencia de esta sala para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente formulado por la misma parte litigante, no sin advertir que los Tribunales Superiores de Justicia nunca han llegado a tener atribuida la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal por no haberse modificado en su momento la LOPJ (art. 152.1 de la Constitución en relación con el art. 73.1 LOPJ), problema que la d. final 16.^a LEC resolvió permitiendo que el recurso de casación civil ante los Tribunales Superiores de Justicia pudiera fundarse también en los motivos del art. 469 LEC.

(...).

* STS núm. 1497/2018 de 10 de octubre de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 4696)
Ponente: Ponente: Isabel Perelló Domenech

Resumen: *Defensa de la competencia: boicot a empresa de transporte: práctica concertada que restringe o falsea la competencia. Responsabilidad de sociedad cooperativa respecto a conducta anticompetitiva de sus socios.*

Nota: Sigue doctrina de la STS núm. 1052/2018 de 19 de junio de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 3718) reproducida en esta misma sección del n. 33 de esta Revista.

Fundamentos de Derecho

«QUINTO.- En cuanto a la responsabilidad de la cooperativa TPS en la conducta anticompetitiva de boicot, y la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a una conducta anticompetitiva de sus miembros, esta Sala ya ha resuelto similares pretensiones de la misma recurrente -Autoridad Vasca de la Competencia- en sentencia de fecha 19 de junio de 2018 (R. Casación 3055/2017), en que el objeto del recurso consistía en la misma resolución sancionadora que en el presente procedimiento -en aquel caso en relación a la otra sancionada: Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, S. Coop. (Cecotrans)-, a cuyos razonamientos jurídicos nos remitimos:

«QUINTO.- Sobre la responsabilidad de la cooperativa Cecotrans en la conducta anticompetitiva de boicot.

La resolución del presente asunto requiere un deslinde previo de los aspectos fácticos y jurídicos. Así, es preciso determinar primero si los hechos declarados o dados por probados en la instancia constituyen un boicot o acción anticompetitiva que pueda quedar comprendido bajo el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y cuál fue la actuación de Cecotrans en tales hechos. En segundo lugar, como ha de calificarse jurídicamente tal actuación de la entidad cooperativa sancionada.

En cuanto a los hechos ocurridos en el puerto de Bilbao durante los días, la Sala de instancia los recoge de la siguiente manera: (...)

De la anterior relación, esta Sala considera relevante las siguientes circunstancias fácticas que pueden considerarse probadas:

- Tras la convocatoria del boicot contra la empresa naviera Maersk Lines por parte de la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao y pese a su posterior revocación de la misma, la interrupción del servicio de estiba y desestiba a la citada naviera se produjo efectivamente: el 17 de julio no prestaron servicio a dicha naviera los camiones solicitados, 3 a la actora y 3 a la otra cooperativa, Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop.; y el 27 de julio, de una petición similar

de 3 camiones a cada una de las cooperativas de transporte, sólo les proporcionaron uno cada una de ellas. Todo ello sin que ningún otro buque de las restantes navieras sufrieran incidencia alguna en el servicio de estiba o desestiba esos días.

- La cooperativa recurrente advirtió a la naviera de las dificultades para proporcionar los servicios solicitados, pero sin embargo no buscó alternativas para cumplir con sus compromisos contractuales de desestiba con transportistas alternativos. Aunque la Sala aprecia que la cooperativa Cecotrans hizo lo que le resultaba exigible al advertir a la naviera Maersk de las dificultades para atender su petición de desestiba, en ningún caso resulta desmentido que Cecotrans no buscó formas alternativas de atender su compromiso de servicio con la citada naviera.

Esos datos de hecho, que se basan en la descripción de lo sucedido en la resolución sancionadora -que la Sala de instancia asume en sus hechos probados- conducen a las siguientes conclusiones:

- en primer lugar, implican que el boicot a la naviera Maersk fue efectivamente seguido por los socios transportistas de ambas cooperativas de transporte. En este contexto, resulta indiferente que la actora considere -según expone la sentencia en el fundamento tercero- que el seguimiento del boicot de sus transportistas no se debía a su afiliación a Cecontrans, sino a la Asociación que convocó la huelga; el hecho no discutible es que los socios cooperativistas de Cecotrans no prestaron el servicio a que se había comprometido Cecotrans, lo que supone que participaron de hecho en un boicot. Y no resulta convincente el argumento de que lo hicieron por temor a los incidentes respecto a lo que hubo denuncias, ya que consta que con excepción de la no prestación del servicio a la naviera objeto del boicot, la estiba y desestiba en el puerto fue atendida con normalidad durante esos días.

- en segundo lugar, Cecotrans era consciente de la probable conducta de sus miembros, puesto que advirtió a la naviera Maersk de las dificultades de proporcionarle el servicio solicitado. Sin embargo, Cecotrans -tal como le achaca la Autoridad Vasca de la Competencia- no adoptó medidas para asegurar la prestación del servicio mediante la búsqueda de otros transportistas o mediante una intervención directa sobre sus miembros. En este sentido, no es posible admitir la tesis de la Sala de instancia que supone admitir que para no participar en una actuación anticompetitiva como la de autos es suficiente con la advertencia por parte de una sociedad que dicha actuación puede ocurrir, aun cuando los sujetos que realizan materialmente la conducta prohibida son precisamente miembros de dicha sociedad. Conviene poner de relieve que esto no es una valoración fáctica, sino una interpretación del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el sentido de que el apartamiento de una conducta anticompetitiva como lo es un boicot, ha de ser claro e inequívoco, al igual que sucede -según reiterada jurisprudencia de esta Sala- con la participación

en un cartel. El dato fáctico lo proporciona la narración de hechos de la sentencia impugnada al describir la reacción de Cecotrans frente al llamamiento al boicot.

- así las cosas, no resulta aceptable la posición de la recurrente, en esencia aceptada por la Sala juzgadora, de que nada más podía hacer la cooperativa sancionada y que el comportamiento individual de sus miembros no le resultaba imputable. La convocatoria del boicot -pese a su retirada posterior-, la previsión por parte de Cecotrans del presumible incumplimiento de las encargos de servicio por sus propios miembros, el que dicho servicio no fuese cumplido y, finalmente, la falta de cualesquiera otra actuación clara de apartamiento de la acción anticompetitiva y de evitación de sus efectos (búsqueda de transportistas alternativos) hacen a Cecotrans plenamente responsable de la conducta anticompetitiva materialmente realizada por su miembros cooperativistas y por la que fue sancionada.

SEXTO.- Sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a una conducta anticompetitiva de sus miembros.

De las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho se desprende con claridad cuál es la interpretación que esta Sala ha de dar a la cuestión que según el auto de admisión presentaba interés casacional: «si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada».

Una sociedad cooperativa está integrada por sus miembros cooperativistas y una actuación de éstos que esté asociada a su condición de miembros de la misma es una de las posibles conductas imputables a la cooperativa, como lo son las decisiones de sus órganos gestores o las actuaciones directa y personalmente imputables a sus miembros directivos en ejercicio de sus funciones. Desde luego es claro que sólo cabe hablar de una responsabilidad anticompetitiva de la sociedad cooperativa por la conducta de sus miembros cuando se trate de un comportamiento que no quepa calificar de marginal o irrelevante desde esta perspectiva, como podría serlo la actitud individual de un número poco significativo de socios. Pero en cualquier caso, en principio y a reserva de circunstancias específicas que pudieran invalidar el criterio general, cabe afirmar que conductas derivadas o asociadas a la condición de socios de una cooperativa son imputables a la propia sociedad cooperativa. Por otra parte, para que una cooperativa pueda legítimamente rechazar cualquier responsabilidad anticompetitiva por la conducta de sus socios vinculada a su condición de tales, es indispensable que se haya distanciado de manera indubitada de dicha conducta y haya tratado de evitarla de manera eficaz.

Como es obvio, no es posible a priori formular criterios generales pro futuro, más allá de lo anteriormente expresado, para describir con mayor precisión cuándo la conducta de los socios puede imputarse a la cooperativa o de qué manera puede una cooperativa distanciarse de manera eficaz de la misma, pues las situaciones pueden ser muy diferentes en función del ámbito económico y de las circunstancias concretas que concurran.

Ahora bien, en el caso de autos, lo que resulta indubitado a partir de los hechos probados en la instancia es que los socios transportistas de Cecotrans no atendieron el servicio de la nave objeto del boicot anticompetitivo -con independencia de la interpretación de la Sala juzgadora sobre sus motivos-, que la cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, y que no buscó alternativas eficaces para evitar el boicot. Su comportamiento (que, en contra de lo aseverado por la Sala de instancia, no puede admitirse como eximente de su responsabilidad) se limitó a advertir a la naviera objeto del boicot de las dificultades existentes para que su solicitud de servicio de estiba o desestiba fuera atendida.

Debemos pues estimar el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y afirmar la doctrina expuesta sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a la conducta de sus socios.»

SEPTIMO.- Pues bien, las anteriores consideraciones expuestas resultan trasladables al supuesto aquí analizado, pues, como se desprende de los hechos probados en la instancia, resulta acreditado -al igual que Cecotrans-, que los socios transportistas de la Cooperativa Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop, ahora recurrida no prestaron el servicio de la nave objeto del boicot anticompetitivo, y que esta cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, sin buscar alternativas eficaces para evitar el boicot.

Al igual que en el supuesto analizado en la reseñada STS reseñada de 19 de junio de 2018 (R. Casación 3055/17), el comportamiento de la Cooperativa ahora recurrida -que no puede admitirse como eximente de su responsabilidad, como aprecia la Sala- se ciñó a comunicar a la naviera objeto de boicot de las dificultades para que la solicitud de servicio de estiba o desestiba fuera atendida.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y ratificar la doctrina expuesta en la precedente sentencia sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a la conducta de sus socios».

* ATS de 24 de octubre de 2018 (Social) (JUR 2018, 322666)

Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer

Resumen: *Contrata administrativa de adjudicación de servicios prestados por los socios de una cooperativa de trabajo asociado. Inexistencia de relación laboral.*

Fundamentos de Derecho

«SEGUNDO.- Se recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 13 de septiembre de 2017, R. Supl. 1047/2017, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el actor y confirmó la sentencia de instancia que había desestimado la pretensión de aquél, socio cooperativista de la Sociedad Cooperativa Acrópolis, que presta sus servicios como peón en tareas de mantenimiento, conservación y reparación de bienes y equipos de la Ciudad Autónoma de Melilla y declaró que no había existido relación laboral entre el actor y la ciudad autónoma, por lo que la adjudicación de la contrata para tareas de mantenimiento y conservación en favor de la UTE Clece SA, Hijos de Moreno SA y Thales SA no constituye despido.

El actor, de profesión peón, es cooperativista de la Sociedad Cooperativa Acrópolis de Trabajo Asociado. La entidad firmó en 1996 un contrato administrativo con la Ciudad Autónoma de Melilla para mantenimiento, conservación y reparación de bienes, equipos e instalaciones dependientes de la ciudad autónoma. Posteriormente la cooperativa firmó un nuevo contrato con la ciudad autónoma en agosto de 1998, por un año, con la posibilidad de prorrogarse un máximo de cuatro años, sin que conste ningún otro contrato administrativo, si bien el personal de la cooperativa continuó desempeñando las mismas tareas en las mismas condiciones, prestando servicios propios de su profesión en tareas de mantenimiento, conservación y reparación de bienes y equipos y realización de instalaciones para actividades dependientes de la Ciudad Autónoma de Melilla, hasta septiembre de 2014, compartiendo trabajo con otras personas dependientes de la Ciudad Autónoma y recibiendo órdenes e instrucciones de los encargados municipales y utilizando materiales de la Ciudad Autónoma. A dichos efectos la Sociedad Cooperativa giraba facturas a la Ciudad Autónoma. En los contratos y sus pliegos constaba que la Administración Local facilitaría al personal de la cooperativa las herramientas, utensilios, materiales, transporte, electricidad, agua, etc., sin cargo para la Cooperativa, al igual que los materiales de obra, maquinaria y vehículos, correspondiéndole a los responsables de la Ciudad Autónoma la ordenación de los trabajos, girando facturas mensuales la Cooperativa a la Ciudad Autónoma de Melilla, que estaba obligada a suscribir una Póliza de Seguros para sus trabajadores. También la Cooperativa giraba facturas (y

le eran abonadas) por otros trabajos menores distintos al objeto de los referidos contratos. El personal de la Cooperativa tenía el mismo horario que el personal (funcionario o laboral) de la Ciudad Autónoma de Melilla (con controles de firma diferenciados) en el mismo centro de trabajo, pero a diferencia de los mismos trabajaba en fines de semana y festivos, y no se les facilitaba ropa de trabajo. Los cooperativistas percibían un salario igual mensual cada uno pagado por la Sociedad Cooperativa, con independencia de las concretas funciones que realizaran. Estaban dados de alta en la Seguridad Social por la Sociedad Cooperativa.

El 5 de septiembre de 2014 fue adjudicado a la UTE Servicios Operativos Melilla el contrato administrativo de servicios Apoyo a los Servicios Operativos de la Ciudad Autónoma de Melilla en el que la adjudicataria se obliga a facilitar las herramientas, utensilios, materiales, transporte, electricidad, agua, etc, así como disponer de un local propio, no constanding obligación alguna de la adjudicataria de subrogar a ningún trabajador.

La sala de suplicación, tras desestimar la pretensión del actor recurrente de modificación del relato fáctico, desestima igualmente la pretensión de que se reconociera la existencia de relación laboral entre el actor y la Ciudad Autónoma de Melilla. Argumenta la sentencia que la Sociedad Cooperativa es una entidad real y que desarrolló sus tareas en virtud de contratos administrativos, no considerando que la coincidencia de horario de los trabajadores de la Cooperativa y los de la Ciudad Autónoma y que determinados medios materiales fueran facilitados por ésta, supusiera necesariamente la existencia de relación laboral; relación que por lo demás, correspondía acreditar al demandante.

TERCERO.- El actor, en su recurso de casación considera que la relación entre la Sociedad Cooperativa y la Ciudad Autónoma ha constituido un contrato administrativo de carácter simulado para encubrir la verdadera relación laboral.

(...)

En cuanto a la contradicción alegada, la sentencia de contraste es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de 23 de noviembre de 2001 (R. Supl. 1789/2001), que confirmó la del juzgado de lo social estimando la demanda de los socios cooperativistas y declarando que la comunicación verbal de la Ciudad Autónoma de Melilla de 29 de diciembre de 2000 constituía un despido improcedente, con absolución de la cooperativa de trabajo asociado Yunour. Los demandantes habían prestado servicios en diversas zonas de la ciudad desempeñando trabajos propios de vigilantes e informadores de infracciones contra el medio ambiente -coincidentes con el objeto social de la cooperativa- desde junio de 1999. La cooperativa se había constituido en agosto de 1999. La Ciudad Autónoma retribuía los trabajos mediante facturas mensuales firmadas por el presidente de la cooperativa.

Para la sentencia de contraste es indudable que la relación entre los actores y la Ciudad Autónoma era laboral, aunque apareciese simulada bajo la apariencia de un contrato administrativo entre aquella y la cooperativa, porque así se deduce del hecho probado que constata una prestación de servicios exclusiva para la administración autónoma. Se niega, por tanto, la existencia de cesión ilegal máxime cuando la prestación de servicios de los actores fue anterior a que se constituyera la cooperativa.

La contradicción alegada no puede apreciarse. En la sentencia recurrida consta que la actora es socia de una cooperativa y que se firmaron dos contratos administrativos entre la cooperativa y la Ciudad Autónoma de Melilla en cuyo marco presta servicios el actor hasta que esta última adjudica la contrata a una UTE. En el supuesto de la sentencia de contraste los trabajadores, posteriormente socios de la cooperativa, comienzan a prestar servicios para la Ciudad Autónoma de Melilla, compartiendo trabajo con otros funcionarios o personal laboral de dicha administración, con idéntico horario y ropa de trabajo y recibiendo órdenes e instrucciones de los encargados municipales. Son despedidos verbalmente por la Ciudad Autónoma y ante los hechos descritos la sentencia de contraste considera probado que la relación con los trabajadores era laboral encubierta por un vínculo administrativo entre la cooperativa y la Ciudad Autónoma. Y aunque la sentencia recurrida no somete a debate el problema de la cesión ilegal, consta en dicha sentencia que la cooperativa estaba obligada a firmar una póliza de seguros para sus trabajadores, que también giraba facturas por otros trabajos menores distintos del objeto de los contratos, los cooperativistas tenían un control de firmas diferentes, trabajaban en fines de semana y festivos y no se les facilitaba ropa de trabajo. Además la cooperativa pagaba un salario mensual igual para todos los trabajadores.

CUARTO.- (...)

La parte recurrente (...) considera que existe contradicción entre las sentencias comparadas, reiterando que en la sentencia recurrida no se reconoce el despido verbal ni la relación laboral en ningún hecho probado, como en la sentencia de contraste. Sin embargo los argumentos expuestos por la misma no desvirtúan en modo alguno las consideraciones que se hacen en los razonamientos previos de esta resolución, por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.»

* STS núm 597/2018, de 31 de octubre de 2018 (Civil) (RJ 2018, 5930)

Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno

Resumen: *Concurso culpable de sociedad cooperativa. Improcedencia de condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal mediante el pago a los acreedores del importe de los créditos no cobrados en la liquidación de la masa activa. Falta de justificación añadida a la calificación del concurso como culpable: consejo rector integrado por agricultores sin retribución y huérfanos de cualquier apoyo de gestores profesionales del ámbito mercantil, contable y fiscal que hubiera podido advertirles de la situación real de la cooperativa, así como de sus obligaciones legales de llevanza de contabilidad.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El presente caso plantea como cuestión de fondo la condena, a los miembros del consejo rector de una cooperativa hortofrutícola, al pago del déficit concursal con base en la redacción originaria del art. 172.3 L.C.

2. En síntesis, la entidad Andopack S.A., aquí parte recurrida, en la sección de calificación del concurso ordinario de la entidad Hortofrutícola Riomundo S.L.C. presentó un escrito de alegaciones en el que solicitó la declaración de concurso culpable de la referida entidad, así como la condena de los miembros integrantes de su consejo rector al pago a los acreedores concursales de los créditos que no fueran satisfechos en la liquidación de la masa activa. Todo ello, de conformidad con el art. 172.3 L.C. (en su redacción originaria, aplicable al presente caso) y en el art. 47 de la Ley de Castilla La Mancha 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas.

La administración concursal, en su informe de 20 de enero de 2010, propuso la calificación del concurso como culpable con base en la aplicación del art. 164.2.1.º por el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad. Incumplimiento que quedó reflejado en la inexistencia de libros oficiales de contabilidad legalizados, en la falta de presentación de las cuentas anuales de los ejercicios 2005, 2006 y 2007, en la ausencia de contabilidad de los ejercicios 2008 y 2009 y, en suma, en la imposibilidad de realizar, con la documentación obrante, un análisis de los activos y pasivos de la cooperativa concursada. A su vez, solicitó la inhabilitación por cinco años de las personas afectadas por el concurso y concluyó que no cabía apreciar la existencia de daños y perjuicios por las anteriores irregularidades cometidas.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de 27 de marzo de 2010, se adhirió la propuesta de la administración concursal.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la solicitud de la declaración de calificación culpable del concurso, por lo que calificó el concurso como fortuito. En

síntesis, consideró que no procedía la calificación de culpable del concurso ante la falta de apoyo de gestores profesionales del ámbito mercantil, contable y fiscal que pusieran en conocimiento del consejo rector la situación financiera real de la cooperativa para que pusiera en práctica, y con la debida antelación, las correspondientes medidas correctoras.

4. Interpuesto recurso de apelación por la demandante Andopack S.A. y escrito de impugnación por el Ministerio Fiscal, la sentencia de la Audiencia, con estimación de los mismos, revocó la sentencia de primera instancia por lo que declaró la calificación de culpable del concurso, decretó la inhabilitación por cinco años de los miembros del Consejo rector y su condena al pago del déficit concursal. En lo que aquí interesa, declaró:

“De acuerdo con la redacción del artículo 172.3 de la Ley Concursal vigente desde el 1 septiembre 2004 a extraer el 31 diciembre 2011 (aplicable al caso de autos conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 10.^a, apartado 1 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal), “(s)i la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

“De conformidad con lo establecido en la citada sentencia de esta sección y en la sentencia del Tribunal Supremo que en ella se analizan, (Sala 1.^a) de 20 de diciembre de 2012, recurso 1292/2010, procede la imposición de la condena solicitada”.

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandados interponen recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO.- *Derecho concursal. Calificación culpable del concurso. Irregularidades contables graves. Responsabilidad concursal. Cobertura del déficit concursal: justificación añadida (art. 172.3 L.C., en su redacción originaria).*

1. Los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en dos motivos.

2. En el primer motivo, los recurrentes denuncian la infracción del art. 172.3 L.C. en su redacción originaria aplicable al caso.

Argumentan que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia de esta sala contenida, entre otras sentencias, en la STS 644/2011, de 6 de septiembre(sic), al no haber valorado, conforme a criterios normativos y a fin de justificar el reproche necesario

los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los miembros del consejo rector, en relación con la actuación que haya determinado la calificación del concurso como culpable.

3. En la línea del motivo expuesto, en el segundo motivo los recurrentes denuncian la infracción del art. 172.3 L.C. (redacción originaria) al no ponderar ni moderar la sentencia recurrida la cuantía de la cobertura de la responsabilidad concursal impuesta a los miembros del consejo rector.

4. Dada la conexión del fundamento de impugnación de los motivos planteados, se procede a su examen conjunto.

5. Los motivos deben ser estimados. En el presente caso hay que partir de la base que en el recurso de casación interpuesto la calificación culpable del concurso no resulta cuestionada.

Con relación a la cuestión de fondo planteada es jurisprudencia reiterada de esta sala, desde la STS 644/2011, de seis de octubre, que la caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, giraba en torno a tres consideraciones:

“i) La condena de los administradores de una sociedad concursado a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable sino, que requiere. una justificación añadida.

“ii) Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el precepto, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del art. 164 LC (haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.).

“iii) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable”.

En el presente caso, el “automatismo” tanto en la solicitud de condena al déficit concursal realizada por la demandante, como en la concesión de dicha condena por la sentencia recurrida, se opone a la jurisprudencia de esta sala en los términos expuestos.

Máxime, cuando el informe de la administración concursal, y la sentencia de primera instancia, en el marco de valoración de los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de las personas afectadas por la calificación del concurso, destacan que las carencias relacionadas con la gestión empresarial de la cooperativa se manifestaron prácticamente desde el primer momento (año 2001), y que los miembros del consejo rector, agricultores de profesión y sin retribución por razón de su cargo, desempeñaron sus funciones huérfanos de cualquier apoyo de gestores profesionales del ámbito mercantil, contable y fiscal que pudieran advertirles de la situación real de la cooperativa, así como de sus obligaciones legales de llevanza de contabilidad.

6. La estimación del recurso de casación comporta que se case en parte la sentencia recurrida y al asumir la instancia se desestime en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante Andopack S.A. contra la sentencia 143/2013, de 7 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Albacete, dictada en el concurso ordinario núm. 505/2009, en cuanto no procede la condena a los demandados a la cobertura del déficit concursal».

* STS núm. 1034/2018, de 10 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2019, 342)

Ponente: María Milagros Calvo Ibarlucea

Resumen: *Procedencia de jubilación anticipada de afiliado al RGSS cuya situación es la de socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado a cuya actividad se ha puesto fin por la Asamblea General de la Cooperativa con base en la situación económica en la que se encuentra y en virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso de acreedores, pasando a la situación legal de desempleo: incardinación de la situación en uno de los contemplados en art. 161.bis 2 A) LGSS 1994, aun cuando, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador.*

Nota: Se trata de un recurso para unificación de doctrina

Véase más abajo STS núm. 1091/2018, de 19 de diciembre de 2018 (Civil) (RJ 2019, 6056).

Fundamentos de Derecho

«SEGUNDO.- El recurrente alega bajo correcto amparo procesal la infracción de la Disposición Adicional 4ª, artículos 7.1.c) y 97.1 de la ley General de la Seguridad social, artículo 8 del Reglamento de Inscripción de Empresas y artículo 129 de la Constitución Española, en relación a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en cuadrados en el Régimen General de la Seguridad social.

La cuestión que se suscita en el presente procedimiento es la del acceso a la jubilación anticipada por un afiliado al Régimen General cuya situación es la de socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado a cuya actividad se ha puesto fin por la Asamblea General de la Cooperativa con base en la situación económica en la que se encuentra.

El esquema de la situación del actor es el de un miembro de cooperativa de trabajo asociado, trabajador afiliado al Régimen General, aspectos no discutidos, que cesa en el trabajo tras un acuerdo de la Asamblea General de la Cooperativa y en virtud de Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso de acreedores seguido frente a EDESA, pasando a la situación legal de desempleo que le es reconocida por la Autoridad Laboral.

El artículo 161.2.A).d) de la LGSS exige que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las que enumera: despido colectivo, despido objetivo, extinción por resolución judicial ex art. 64 de la Ley concursal, muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual y fuerza mayor, exigiendo en los dos primeros supuestos que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.

Cualquiera que sea el nivel de duda que pudiera suscitar el acuerdo adoptado por la Asamblea General de socios de la Cooperativa EDESA, lo cierto es que ésta había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajo por cuenta ajena que en su seno existían y que el 8 de julio de 2014 el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos de los trabajadores. Sin negar el carácter de *numerus clausus* de la lita de supuestos que encierra el artículo 161.bis A). d) de la LGSS, resulta difícil no incardinar la situación del actor en uno de los contemplados en el precepto, ya sea despido colectivo ya sea despido objetivo, tan solo en función del número de afectados, convirtiendo en innecesario todo debate acerca de la necesidad de impugnación judicial de una decisión empresarial que en este caso ocupa un lugar irrelevante pues la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial.

Es preciso insistir en este punto ya que en efecto, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores, por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones.

Lo anteriormente expuesto nos lleva, oído el Ministerio Fiscal a la estimación del recurso y en consecuencia a resolver el debate de suplicación declarando el derecho del demandante a la prestación solicitada, en la cuantía legal. Sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS».

* ATS de 12 de diciembre de 2018 (Civil) (JUR 2018, 330160)

Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas

Resumen: *Acción individual de responsabilidad de miembros del Consejo Rector. Prescripción. Inadmisión de recurso de casación.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio ordinario en el que se pretende que se declare la responsabilidad de los miembros del consejo rector de la cooperativa por las deudas sociales derivadas del impago de unas facturas, tramitado en atención a la cuantía, siendo esta inferior a 600.000 euros, por lo que el cauce de acceso a la casación es el previsto en el art. 477.2.3.º LEC.

En primera instancia se desestimó la demanda. Estimó acreditado y no discutido el impago de las facturas en los años 2007 a 2009 por parte de la Sociedad Cooperativa Valenciana Umad XXI. Si bien en cuanto a la responsabilidad de los miembros del consejo rector de la citada cooperativa apreció que la misma se hallaba prescrita, conforme a lo dispuesto en el art. 47.2 de la Ley 8/2003 de 24 de marzo de cooperativas de la Comunidad Valenciana, al haber transcurrido tres años desde el momento en que pudo ser ejercitada, fijando el inicio del *dies a quo* en el momento del impago de la última factura, al considerarlo como el instante en que por la demandante se tenía conocimiento de la incapacidad para asumir los compromisos de pago adquiridos por insuficiencia patrimonial, cese de actividad o cierre de hecho aunque tales

realidades pudieran no ser efectivamente conocidas, estando ya en ese momento la actora en disposición de realizar cuantas actuaciones fueran pertinentes para averiguar la situación económica de la cooperativa. No impuso las costas a ninguna de las partes al considerar que existían serias dudas de Derecho.

Recurrida en apelación por ambas partes e impugnada por uno de los codemandados en cuanto a las costas, la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó los recursos y la impugnación y confirmó la sentencia al rechazar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad frente a los miembros del consejo rector se iniciara una vez conocida la insolvencia de la sociedad deudora en el procedimiento judicial dirigido frente a la cooperativa deudora para exigir el pago por incumplimiento del contrato, toda vez que la actora en la fecha de la última de las cinco facturas impagadas (marzo de 2009) ya tenía conocimiento del impago de las cuatro facturas anteriores y actuando con una diligencia básica hubiera podido conocer la existencia del daño por el impago de la deuda y si su deuda iba a ser atendida.

SEGUNDO.- El escrito de interposición del recurso de casación, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, se articula en un único motivo en el que se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1969 CC y del principio *actio nondum nata non praescribitur* recogido en SSTs n.º 1049/2008 de 11 de noviembre de 2008 y n.º 261/2007 de 14 de marzo de 2007, cuestionando que la sentencia recurrida haya fijado el inicio del cómputo de la prescripción en el momento en que emitió la última factura impagada y no cuando se ha conocido en el seno de un procedimiento judicial que no existe patrimonio social para cobrar el crédito, viéndose obligado a repetir contra los socios que han actuado sin la diligencia debida. Estima que la sentencia recurrida hace una interpretación contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y pese a que se refiere a “una situación de aptitud plena para litigar” fija el momento en el cual la demandante pudo ejercitar su acción en aquel en el que con una diligencia básica pudo conocer la existencia del daño derivado del impago de la deuda, cuando estos presupuestos no son exigidos en la jurisprudencia del TS que se dice infringida, ya que ni se hace referencia a una diligencia básica ni al conocimiento de la existencia de un daño. Añade que no es suficiente que el actor conozca la existencia de un impago como resultado de una diligencia básica sino que se exige un conocimiento pleno del alcance del daño (deuda impagada) y no solo de que el daño existe y con mayor importancia, en el caso de autos, en el que se debe tener la certeza de que la sociedad no ostenta patrimonio alguno con el que saldar la deuda. Tras lo cual fija el inicio del cómputo de la prescripción en el momento en que, vigente la ejecución dineraria contra la sociedad, los socios requeridos por el juzgado para designar bienes suficientes para cubrir la deuda no comparecieron ante este, por lo que acreditado en autos que el auto despa-

chando ejecución es de fecha 18 de mayo de 2012 y que la demanda de responsabilidad frente a los miembros del consejo rector se interpuso el 11 de junio de 2013, la acción no estaría prescrita.

TERCERO.- Pues bien, formulado el recurso en los términos antes expuestos y pese a las manifestaciones de la parte recurrente tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión, el recurso de casación no puede admitirse al incurrir en las siguientes causas de inadmisión:

a) Falta de justificación de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial ya que la parte omite citar la infracción de la norma aplicable al caso, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida (arts. 483.2.3.º y 477.2.3.º y 3 LEC).

En el Acuerdo de la Sala, de fecha 30 de diciembre de 2011 y reiterado en el posterior de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación extraordinario por infracción procesal, al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que “la infracción de norma o jurisprudencia aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida”.

Si se aplica lo anterior al recurso que nos ocupa, la consecuencia es su inadmisión, ya que la sentencia recurrida aplica a la acción deducida en la demanda, de responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de la Cooperativa, el art. 47 de la Ley 8/2003 de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, en concreto el apartado 2 que contempla el plazo de prescripción de dicha acción. Con base en dicha norma estima que la acción ha prescrito y es dicha norma la que fundamenta el fallo en lugar de la genérica del art. 1969 CC, en que fundamenta su recurso la parte recurrente, prevista para la prescripción de toda clase de acciones y a la que solo alude la sentencia recurrida para ponerla en relación con la anterior.

b) En cualquier caso y aun obviando lo expuesto dado que se alega la infracción del principio “*actio nondum nata non praescribitur*” y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta sala recogida en SSTS n.º 1049/2008 de 11 de noviembre de 2008 y n.º 261/2007 de 14 de marzo de 2007, en cuanto la sentencia recurrida declara prescrita la acción al fijar el *dies a quo* en el momento del impago de la última factura en lugar de en el momento en que, vigente la ejecución dineraria contra la sociedad, los socios requeridos por el Juzgado para designar bienes suficientes para cubrir la deuda no comparecieron ante el juzgado, se analizará si concurre o no el interés casacional alegado.

A este respecto, hay que destacar que las sentencias que cita el recurrente referidas al *dies a quo* o día inicial para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual como aquél en que puede ejercitarse la acción, según el principio *actio*

nondum nata non praescribitur al que se acoge el CC y que fundamentan el interés casacional, van referidas a supuestos de responsabilidad de administradores de sociedades anónimas, que nada tienen que ver con el caso que nos ocupa de responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de una cooperativa, con lo que el interés casacional no se justifica debidamente (art. 483.2.3.º LEC).

c) Cabe añadir que la recurrente no respeta ni impugna por la vía adecuada la declaración puramente fáctica de la sentencia recurrida sobre que “la actora ya tenía conocimiento en esa fecha -la de la última de las cinco facturas, mes de marzo de 2009- del impago de las cuatro facturas anteriores emitidas, respectivamente, en los meses de agosto de 2007, noviembre y diciembre de 2008 y febrero de 2009” sino que se limita a obviarla. Se incurre pues en la causa de inadmisión de carencia de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) y en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión pues según jurisprudencia de esta sala corresponde al juzgador de instancia la fijación del día inicial del plazo con arreglo a la prueba practicada y su apreciación, en lo puramente fáctico, habrá de respetarse en casación salvo que se impugne eficazmente por la vía adecuada, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, la valoración probatoria efectuada por la Audiencia, cauce que no ha sido utilizado por la parte recurrente.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto en la fundamentación jurídica que antecede, no es posible tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la recurrente en el trámite de alegaciones, en relación a la admisión del recurso interpuesto pues en modo alguno puede entenderse justificado el interés casacional que es presupuesto para la admisión del recurso si no es alterando la base fáctica de la sentencia».

* STS núm. 1091/2018, de 19 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2018, 6056)

Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Resumen: *Procede reconocer la jubilación anticipada a socia trabajadora de cooperativa de trabajo asociado por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa, por estar incluida en el RGSS y por tanto equiparada a los trabajadores por cuenta ajena.*

Nota: Se trata de un recurso para unificación de doctrina

Véase más arriba STS núm. 1034/2018, de 10 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2019, 342).

Fundamentos de Derecho

«TERCERO.- 1.- La recurrente, bajo correcto amparo procesal denuncia infracción de diversas normas; en concreto, del artículo 207.1.d) LGSS, artículo 7.1.g) LGSS ; artículo 7 Ley de Cooperativas ; así como diversas sentencias de esta Sala.

El artículo 207 LGSS, bajo el título “Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, dispone que el acceso a la jubilación anticipada por esta causa exigirá una serie de requisitos relativos a edad, período previo de cotización e inscripción como demandante de empleo y, por lo que a los presentes efectos interesa, “Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.^a El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.^a El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.^a La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal... ..”

Está claro, por tanto, que la resolución contractual efectuada por la vía del artículo 64 LC constituye causa de extinción del contrato que, junto con la concurrencia de los demás requisitos previstos normativamente justifica la prestación de jubilación en su modalidad de anticipada.

2.- Ahora bien lo que la entidad demanda considera y, con ella, la sentencia recurrida es que en los supuestos de cooperativas de trabajo asociado lo que no concurre es el requisito general de que el contrato se haya extinguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador que solicita el desempleo anticipado puesto que el socio cooperativista no tiene la condición de trabajador a efectos de la jubilación anticipada prevista legalmente puesto que, propiamente, no serían trabajadores por cuenta ajena y, en todo caso, su adscripción al régimen general obedece a la opción contemplada en la Disposición Adicional Cuarta LGSS que les declara como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena.

3.- Sin embargo, la Sala no comparte tal criterio; al contrario, entendemos que, una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto

que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada -mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la, declaración de concurso de acreedores- a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el artículo 207. D) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada.

A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS -que la legislación anterior no contemplaba- evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, tal como lo hacemos ahora, incluyendo al personal integrado en el Régimen General de la Seguridad Social. Y, hay que destacar, también, que la misma solución se adoptó en nuestra STS de 20 de noviembre(sic) de 2018 (Rcud. 3407/2016).

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto nos conduce, oído el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, en consecuencia, a resolver el debate de suplicación, declarando el derecho de la demandante a la prestación solicitada en la cuantía legal. Sin que, por imperativo legal, haya lugar a la imposición de costas».

ÍNDICE CRONOLÓGICO

- * STS núm. 410/2018, de 3 de julio de 2018 (Civil) (RJ 2018, 2922)
Cooperativas: Reclamación de cantidad de una cooperativa a un agricultor por suministro de diversos géneros. Inadmisión de prescripción de la acción. Doctrina jurisprudencial sobre art. 1967.4 CC. Con fundamento en el principio mutualista que informa nuestra legislación sobre cooperativas, cuando la cooperativa realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc), no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que dicho suministro no resulta encuadrable en el art. 1967.4 CC. 490
- * ATS de 5 septiembre 2018 (Civil) (JUR 2018, 241739)
Cooperativas: Competencia para conocer recurso de casación en el que invocando infracción de normas autonómicas gallegas se alega confusión de la sentencia recurrida sobre los conceptos de aportaciones al capital social y retorno cooperativo e inexistencia del derecho al retorno cooperativo: competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y no del Tribunal Superior de Justicia porque no toda norma autonómica aplicable en litigios sobre materias de Derecho privado constituye Derecho civil foral o especial propio de la comunidad autónoma 493
- * STS núm. 1497/2018 de 10 de octubre de 2018 (Cont.-admvo.) (RJ 2018, 4696)
Cooperativas. Defensa de la competencia: boicot a empresa de transporte: práctica concertada que restringe o falsea la competencia. Responsabilidad de sociedad cooperativa respecto a conducta anticompetitiva de sus socios 495
- * ATS de 24 de octubre de 2018 (Social) (JUR 2018, 322666)
Cooperativa de Trabajo Asociado. Contrata administrativa de adjudicación de servicios prestados por los socios de una cooperativa de trabajo asociado. Inexistencia de relación laboral..... 499

- * STS núm. 597/2018, de 31 de octubre de 2018 (Civil) (RJ 2018, 5930)
Cooperativa. Concurso culpable de sociedad cooperativa. Improcedencia de condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal mediante el pago a los acreedores del importe de los créditos no cobrados en la liquidación de la masa activa. Falta de justificación añadida a la calificación del concurso como culpable: consejo rector integrado por agricultores sin retribución y huérfanos de cualquier apoyo de gestores profesionales del ámbito mercantil, contable y fiscal que hubiera podido advertirles de la situación real de la cooperativa, así como de sus obligaciones legales de llevanza de contabilidad 502
- * STS núm. 1034/2018, de 10 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2019, 342)
Cooperativa trabajo asociado: Procedencia de jubilación anticipada de afiliado al RGSS cuya situación es la de socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado a cuya actividad se ha puesto fin por la Asamblea General de la Cooperativa con base en la situación económica en la que se encuentra y en virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso de acreedores, pasando a la situación legal de desempleo: incardinación de la situación en uno de los contemplados en art. 161.bis 2 A) LGSS 1994, aun cuando, dada la condición de socio cooperativista, la voluntad “empresarial” extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador..... 505
- * ATS de 12 de diciembre de 2018 (Civil) (JUR 2018, 330160)
Cooperativas: Acción individual de responsabilidad de miembros del Consejo Rector. Prescripción. Inadmisión de recurso de casación..... 507
- * STS núm. 1091/2018, de 19 de diciembre de 2018 (Social) (RJ 2019, 6056)
Cooperativa trabajo asociado. Procede reconocer la jubilación anticipada a socia trabajadora de cooperativa de trabajo asociado por extinción de su contrato por causas económicas, acordada por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa, por estar incluida en el RGSS y por tanto equiparada a los trabajadores por cuenta ajena 510

RESEÑA DE LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

Gemma Fajardo García
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universitat de València

RELACIÓN SISTEMÁTICA DE DISPOSICIONES JUNIO 2019 – NOVIEMBRE 2019

ESTATAL

Extracto de la Resolución de 26 de junio de 2019, de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de **subvenciones** a las actividades de promoción del trabajo autónomo, de la **economía social** y de la responsabilidad social de las empresas y para sufragar los gastos de funcionamiento, para el año 2019. (BOE 159, de 4 de julio de 2019).

Orden FOM/926/2019, de 26 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones** de ENAIRE destinadas a actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad. (BOE 216, de 9 de septiembre de 2019). *Fundaciones y asociaciones de utilidad pública*

Orden TMS/941/2019, de 6 de septiembre, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2019, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, **subvenciones** adicionales del ámbito de las políticas activas de empleo financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, incluyendo aquellos destinados a la ejecución del **Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021** y del **Plan Reincorpora-T 2019-2021**. (BOE 223, de 17 de septiembre de 2019). *Cooperativas y sociedades laborales*

Real Decreto 539/2019, de 20 de septiembre, por el que se regula la concesión directa de **subvenciones** para garantizar el apoyo a las entidades del **Tercer Sector de Acción Social** y el ejercicio de los derechos básicos de las personas con discapacidad. (BOE 229, de 24 de septiembre de 2019).

Extracto de la Resolución de 30 de septiembre, de la Dirección General de ENAIRE por la que se convocan **subvenciones** en 2019 destinadas al desarrollo de actividades de inserción laboral y de **creación de empleo de personas con discapacidad**. (BOE 242, de 8 de octubre de 2019).

Real Decreto 681/2019, de 22 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de **subvenciones** para el sostenimiento económico y financiero de la estructura central de determinadas entidades del **Tercer Sector de Acción Social**. (BOE 282, de 23 de noviembre de 2019).

Orden TMS/1156/2019, de 26 de noviembre, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2019, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, **subvenciones** adicionales del ámbito de las políticas activas de empleo financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado destinadas a financiar el aumento de las ayudas para el mantenimiento del empleo de los **Centros Especiales de Empleo**. (BOE 286, de 28 de noviembre de 2019).

ANDALUCÍA

Orden de 28 de mayo de 2019, por la que se convocan elecciones para la renovación de los órganos rectores de las **Cofradías de Pescadores** y sus Federaciones. (BOJA 104, de 3 de junio de 2019).

Acuerdo de 4 de junio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan General de **Emprendimiento**. (BOJA 108, de 7 de junio de 2019). *Entidades de la economía social*

Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Consumo, por la que se convocan, en el ejercicio 2019, las **subvenciones** a Asociaciones, Organizaciones y Federaciones de Asociaciones y Organizaciones de personas consumidoras y usuarias, en régimen de concurrencia competitiva, para la realización de programas en materia de consumo, el fomento del **asociacionismo** y las actuaciones para impulsar la promoción de un **consumo responsable y solidario** de Andalucía. (BOJA 136, de 17 de julio de 2019).

Orden de 9 de julio de 2019, por la que se efectúa convocatoria para el ejercicio 2019 de las **ayudas** dirigidas a la promoción del **mercado interior de productos agroalimentarios** amparados por un régimen de calidad, en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020, al amparo de la Orden de 21 de abril de 2016 de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural (Submedida 3.2, Operaciones 3.2.1 y 3.2.3) (BOJA 139, de 22 de julio de 2019).

Resolución de 5 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se convoca para 2019 la concesión de **subvenciones** de la línea 1, línea 2, línea 3, línea 4 y línea 7, establecidas en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la **Economía Social para el Empleo**. (BOJA 152, de 8 de agosto de 2019).

Orden de 19 de agosto de 2019, por la que se regulan y convocan para el año 2019 los **premios** «Andalucía + Social», en el ámbito de los **servicios sociales** de Andalucía. (BOJA 165, de 28 de agosto de 2019).

Orden de 4 de septiembre de 2019, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones**, en régimen de concurrencia competitiva, dirigidas a apoyar el uso de servicios de **asesoramiento a explotaciones agrarias**, en el marco del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020. (BOJA 175, de 11 de septiembre de 2019).

Orden de 18 de septiembre de 2019, por la que se convocan, en régimen de concurrencia competitiva, las **ayudas** dirigidas al apoyo a la cooperación horizontal y vertical entre los agentes de la cadena de suministro **para la creación y el desarrollo de cadenas de distribución cortas y mercados locales** y para actividades de promoción en un contexto local relacionado con el desarrollo de cadenas de distribución cortas y mercados locales, en el marco del Programa de **Desarrollo Rural** de Andalucía 2014-2020 (Submedida 16.4, Operación 16.4.1). (BOJA 194, de 8 de octubre de 2019).

ARAGÓN

Orden EIE/730/2019, de 10 de junio, por la que se convocan para el año 2019 las subvenciones reguladas en la Orden EIE/475/2019, de 30 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones** para el desarrollo de actividades de promoción, fomento y difusión de la **economía social** en la Comunidad Autónoma de Aragón y para sufragar los gastos de funcionamiento de las entidades asociativas de **cooperativas de trabajo asociado, de sociedades laborales, de empresas de inserción, de centros especiales de empleo** y de otros entes representativos de la economía social de ámbito autonómico. (BOA 124, de 27 de junio de 2019).

Orden CDS/793/2019, de 21 de junio, por la que se convocan **subvenciones** en materia de **voluntariado** correspondientes al ejercicio 2019. (BOA 132, de 9 de julio de 2019).

Orden EIE/933/2019, de 26 de julio, por la que se modifican cuatro órdenes del Departamento de Economía, Industria y Empleo, reguladoras de diversos programas de promoción del empleo, al objeto de delimitar la consideración de **persona con discapacidad** a tener en cuenta en la aplicación de diferentes medidas de fomento de empleo, conforme a lo resuelto en unificación de doctrina por las Sentencias 992, 993 y 994 del año 2018 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. (BOA 154, de 4 de agosto de 2019).

Orden AGM/1282/2019, de 26 de septiembre, por la que se convocan las **subvenciones** a **entidades asociativas sin ánimo de lucro** para el desarrollo de actividades a favor del **sector agrario**, para el año 2019. (BOA 196, de 7 de octubre de 2019).

Orden EPE/1362/2019, de 4 de octubre, por la que se convocan para el año 2019 las **subvenciones** reguladas en la Orden EIE/1426/2016, de 3 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones complementarias para favorecer la **estabilidad en el empleo de los trabajadores con discapacidad severa** que presentan especiales dificultades de inserción que mantengan una relación laboral de carácter especial en el ámbito de los **centros especiales de empleo**. (BOA 205, de 18 de octubre de 2019).

Decreto 208/2019, de 22 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley de Cooperativas de Aragón**. (BOA 213, de 30 de octubre de 2019).

Orden EPE/1547/2019, de 11 de noviembre, de la Consejera de Economía, Planificación y Empleo, por la que se aprueba el modelo normalizado abreviado de estatutos sociales para la constitución de la **pequeña empresa cooperativa**. (BOA 234, de 29 de noviembre de 2019).

Orden EPE/1548/2019, de 22 de noviembre, por la que se delegan las funciones de la presidencia del **Consejo Aragonés de Cooperativismo**. (BOA 234, de 29 de noviembre de 2019).

ASTURIAS

Extracto de la Resolución de 24 de mayo de 2019, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por la que se convocan **subvenciones a entidades sin ánimo de lucro** para programas en el ámbito de los **Servicios Sociales** especializados para personas con discapacidad. (BOPA 107, de 5 de junio de 2019)

Extracto de la Resolución de 4 de junio de 2019, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, por la que se aprueba la convocatoria pública de **subvenciones** en 2019 a la rehabilitación de edificios y **viviendas**. (BOPA 114, de 14 de junio de 2019). *Cooperativas de viviendas*.

Extracto de la Resolución de 24 de junio de 2019, de la Consejería de Desarrollo Rural y Recursos Naturales, aprobando convocatoria de **ayudas** para los servicios de sustitución en las pequeñas y medianas explotaciones agrarias del Principado de Asturias dedicadas a la **producción agrícola** primaria para el año 2019. (BOPA 125, de 1 de julio de 2019). *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*.

Extracto de la Resolución de 21 de junio de 2019, del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, por la que se aprueba la convocatoria 2019-2020 para la concesión de **subvenciones** a la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social en las **empresas de inserción** del Principado de Asturias (desde julio de 2019 a junio de 2020). Rectificación de errores en BOPA 129, de 5 de julio de 2019. (BOPA 126, de 2 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 5 de julio de 2019, del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, por la que se aprueba la apertura de plazo de presentación de solicitudes de concesión de **subvenciones** a la inserción laboral de las personas con discapacidad en los **centros especiales de empleo** del Principado de Asturias desde julio de 2019 a junio de 2020. (BOPA 135, de 15 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 15 de julio de 2019, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se aprueba en régimen de concurrencia competitiva la convocatoria de **subvenciones** para potenciar el conocimiento del trabajo autónomo, fomentando el **asociacionismo**. (BOPA 140 de 22 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 15 de julio de 2019, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se aprueba en régimen de concurrencia competitiva la convocatoria de **subvenciones** para fomentar el asociacionismo entre las **cooperativas y sociedades laborales** y potenciar el conocimiento del **autoempleo colectivo**. (BOPA 140 de 22 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 11 de julio de 2019, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de **ayudas a cooperativas y sociedades laborales por la incorporación de socios de trabajo o socios trabajadores**. (BOPA 148, de 1 de agosto de 2019).

Extracto de la Resolución de 2 de septiembre de 2019, del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, por la que se aprueba la convocatoria de **subvenciones** a empresas radicadas en el Principado de Asturias para financiar los costes salariales de **trabajadores con discapacidad** con especiales dificultades de empleabilidad, desde el 10 de julio de 2018 hasta el 30 de junio de 2019. (BOPA 187, de 27 de septiembre de 2019).

Resolución de 23 de septiembre de 2019, de la Consejería de Desarrollo Rural, Agroganadería y Pesca, por la que se aprueba la primera modificación de la Resolución de 16 de junio de 2016, de bases reguladoras de **subvenciones a cofradías de pescadores** que gestionan planes de explotación. (BOPA 197, de 11 de octubre de 2019).

Resolución de 1 de octubre de 2019, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de **ayudas a la incorporación de socios en sociedades cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales** (Incorporación Socios). (BOPA 209, de 29 de octubre de 2019).

BALEARES

Resolución del consejero de Educación y Universidad de 7 de junio de 2019 por la cual se convocan **ayudas** económicas para desarrollar los programas de cualificación inicial en corporaciones locales, mancomunidades de municipios, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales y empresariales sin ánimo de lucro, y entidades de la **economía social** durante el curso 2019-2020. (BOIB 78, de 13 de junio de 2019).

Resolución de la Consejera de Agricultura, Pesca y Alimentación de 3 de septiembre de 2019 por la que se aprueba la convocatoria para la renovación de los órganos gestores de las **cofradías de pescadores** y de sus federaciones en las Illes Balears. (BOIB 122, de 5 de septiembre de 2019).

Acuerdo del Consejo Ejecutivo del Consell Insular de Menorca de fecha 26.08.2019, relativo a la aprobación de la convocatoria de las **ayudas** del Consell Insular de Menorca para el apoyo a las **cofradías de pescadores** para el año 2019, con las mismas bases reguladoras del año 2018 (sustituyendo el año 2017 por el año 2018 y el año 2018 para el año 2019). (BOIB 135, de 3 de octubre de 2019).

Resolución de la consejera de Administraciones Públicas y Modernización por la cual se convocan los premios encuadrados dentro de la actuación **Premios** autonómicos **Voluntariado** IB 2019. (BOIB 140, de 15 de octubre de 2019).

Extracto de la resolución de día 8 de octubre de 2019 de la Presidencia del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales (IMAS), relativo a la aprobación de la convocatoria pública de los **Premios** del Consejo de Mallorca a la **Innovación Social** 2019. (BOIB 141, de 17 de octubre de 2019).

Extracto de la resolución de 17 de octubre de 2019 de la Presidencia del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales (IMAS), relativo a la aprobación de la convocatoria pública de **ayudas** económicas para entidades que realizan actividades de apoyo a los servicios sociales de **atención primaria y actividades de apoyo para personas en situación de exclusión social** con problemas añadidos de salud para el año 2019. (BOIB 146, de 26 de octubre de 2019).

Extracto de la resolución de 16 de octubre de 2019 de la Presidencia del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales (IMAS), relativo a la aprobación de la convocatoria pública de **ayudas** económicas del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales a entidades que llevan a cabo actividades en materia de **servicios sociales** para el año 2019. (BOIB 147, de 29 de octubre de 2019).

Resolución del Consejero de Modelo Económico, Turismo y Trabajo de día 22 de octubre de 2019 por la que se modifica la composición de la Comisión Evaluadora de la Resolución del consejero de Trabajo, Comercio e Industria de 20 de mayo de 2019 y en la que se convocan **ayudas** destinadas a fomentar la economía social a través de la promoción de la ocupación y la mejora de la competitividad de las **cooperativas**, de las **microcooperativas** y de las **sociedades laborales**. (BOIB 149, de 02 de noviembre de 2019).

Decreto 29/2019 de 31 de octubre, de la presidenta de las Illes Balears, por el que se confiere a las consejerías el ejercicio del **protectorado de las fundaciones** en el ámbito de las Illes Balears. (BOIB 150, de 05 de noviembre de 2019).

Resolución del consejero de Transición Energética y Sectores Productivos de 24 de octubre de 2019 por la que se aprueba la convocatoria del Concurso de **Premios ICAPE** a los mejores proyectos empresariales en el ámbito de la **economía social** efectuados por estudiantes de ciclos formativos y formación profesional básica. (BOIB 151, de 07 de noviembre de 2019).

CANARIAS

Extracto de la Resolución de 7 de junio de 2019, de la Presidenta, por la que se aprueba el gasto y la convocatoria para la concesión de **subvenciones** a las Unidades de Apoyo a la actividad profesional de los **Centros Especiales de Empleo** (ejercicio 2019). (BO Can. 117, de 20 de junio de 2019).

Orden de 13 de junio de 2019, por la que se convocan elecciones para la renovación de los órganos unipersonales de las Federaciones Provinciales de **Cofradías de Pescadores** de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas. (BO Can. 123, de 28 de junio de 2019).

Orden de 29 de mayo de 2019, por la que se aprueban las bases que han de regir en la convocatoria de la concesión de **subvenciones** para el año 2019, destinadas a la ejecución de proyectos en las áreas de **personas mayores, inmigración, voluntariado e inclusión social**, y se efectúa la convocatoria para el presente ejercicio económico. (BO Can. 125, de 2 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 10 de junio de 2019, de la Presidenta, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de **subvenciones** dirigidas a fomentar la incorporación de personas en calidad de **socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales** de Canarias para el ejercicio 2019, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo. (BO Can. 127, de 4 de julio de 2019).

Resolución de 1 de julio de 2019, de la Directora, por la que se establecen las bases reguladoras y se procede a la convocatoria para el ejercicio 2019, para la concesión de **subvenciones** destinadas al programa de fomento de la adquisición de suelo destinado a la construcción de **vivienda protegida**. (BO Can. 129, de 8 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 17 de septiembre de 2019, de la Presidenta, por la que se aprueba la convocatoria del ejercicio 2019, para la concesión de **subvenciones** dirigidas a la inserción laboral en **empresas de inserción** y a la inserción laboral definitiva en el mercado de trabajo ordinario de personas en situación de exclusión social, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo. (BO Can. 187, 27 de septiembre de 2019).

Orden de 1 de octubre de 2019, por la que se aprueban las bases que han de regir la convocatoria de la concesión de **subvenciones** para el año 2019, mediante el procedimiento de concurrencia competitiva, destinadas a la ejecución de proyectos que fomenten los derechos de las **personas en situación de dependencia y personas con discapacidad**, y se efectúa la convocatoria para el presente ejercicio económico. (BO Can. 197, de 11 de octubre de 2019).

Resolución de 20 de septiembre de 2019, de la Directora, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria de subvenciones para el fomento de la mejora de la **eficiencia energética y sostenibilidad en edificios y viviendas** para el ejercicio 2019. (BO Can. 198, de 14 de noviembre de 2019).

CANTABRIA

Extracto de la Orden UMA/40/2019, de 23 de abril, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de **subvenciones** a **entidades privadas sin ánimo de lucro** en materia de **servicios sociales** en el año 2019. (BO Cant. 107, de 5 de junio de 2019).

Orden MED/16/2019, de 19 de julio, de elecciones en las **Cofradías de Pescadores** y su Federación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. (BO Cant. 148, de 2 de agosto de 2019).

Extracto de la Resolución del Consejero de Desarrollo Rural, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, de 29 de julio de 2019, por la que se convocan las **ayudas** para el año 2019 a las Organizaciones Profesionales Agrarias y **Cooperativas Agrarias** de Cantabria por colaborar en la cumplimentación de la solicitud única del Sistema de Gestión de Ayudas. (BO Cant. 152, de 8 de agosto de 2019).

Extracto de la Resolución de 18 de octubre de 2019, por la que se convocan los **premios** correspondientes al Programa de Fomento del **Emprendimiento Colaborativo** para el alumnado que cursa ciclos formativos de Formación Profesional del sistema educativo en centros educativos públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria, correspondiente al curso 2019/2020. (BO Cant 228 de 26 de noviembre de 2019).

CASTILLA-LA MANCHA

Resolución de 02/10/2019, del Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de **ayudas**, al amparo de la Orden 101/2018, de 15 de junio, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para el desarrollo de planes individuales de promoción internacional convocadas por el Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha para **promover y consolidar la actividad exportadora de las empresas**, cofinanciables en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo Feder 2014-2020 de Castilla-La Mancha. (DOCM 199, de 8 de octubre de 2019).

Resolución de 24/10/2019, de la Dirección General de Programas de Empleo, por la que se convocan para el ejercicio 2019, las **subvenciones a entidades locales y entidades sin ánimo de lucro para la contratación de personas desempleadas y en situación de exclusión social**, cofinanciada por el Fondo Social Europeo. (DOCM 212, de 25 de octubre de 2019).

CASTILLA Y LEÓN

Extracto de la Orden de 30 de mayo de 2019, de la Consejería de Empleo, por la que se convocan subvenciones destinadas a la financiación de inversiones en **centros especiales de empleo** para el año 2019. (BOCYL 107, de 6 de junio de 2019).

Extracto de la Orden de 30 de mayo de 2019, de la Consejería de Empleo, por la que se convocan las **subvenciones** para el año 2019 dirigidas a la **constitución de empresas de economía social por trabajadores provenientes de crisis empresariales**, o que provengan de cierre de empresas por jubilación, invalidez o fallecimiento del empresario. (BOCYL 107, de 6 de junio de 2019).

Extracto de la Orden 30 de mayo de 2019, de la Consejería de Empleo, por la que se convocan las **subvenciones** para el año 2019 para la **incorporación de socios** trabajadores o de trabajo y la financiación de proyectos de inversión en **Cooperativas y Sociedades Laborales**. (BOCYL 109, de 10 de junio de 2019).

Orden FAM/624/2019, de 21 de junio, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de **subvenciones** destinadas a la realización de programas de interés general para atender **finés sociales** en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León con cargo a la asignación tributaria del 0,7% del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). (BOCYL 122, de 27 de junio de 2019). *Entidades del tercer sector de acción social.*

Extracto de la Orden de 8 de octubre de 2019, de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, por la que se convocan para el año 2019, las **ayudas** para promover y fomentar las **fusiones e integraciones en el cooperativismo agrario y agroalimentario** en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. (BOCYL 201, de 17 de octubre de 2019).

Extracto de la Orden de 18 de octubre de 2019, de la Consejería de Empleo e Industria, por la que se modifica la Orden de 14 de febrero de 2019, de la Consejería de Empleo, por la que se convocan **subvenciones** destinadas a la financiación de **costes salariales de trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo** para el año 2019. (BOCYL 207, de 25 de octubre de 2019).

CATALUÑA

Resolución TES/1530/2019, de 4 de junio, por la que se abre la convocatoria para la concesión, en régimen de concurrencia pública competitiva y no competitiva, de las **subvenciones** para el fomento de la **rehabilitación de edificios** de tipología residencial para el año 2019. (DOGC 7892, de 7 de junio de 2019). *Cooperativas de viviendas*

Resolución TSF/1766/2019, de 17 de junio, por la que se abre la convocatoria para el año 2019 para la concesión de **subvenciones** a las **empresas de inserción** para la realización de acciones para la mejora del empleo y la inserción laboral de los colectivos en riesgo o situación de exclusión social. (DOGC 7908, de 2 de julio de 2019).

Orden TSF/127/2019, de 27 de junio, por la que se aprueban las bases que deben regir la convocatoria ordinaria de **subvenciones** de proyectos y actividades para entidades del ámbito de **políticas sociales** del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias. Entidades sin ánimo de lucro. Convocatoria en DOGC 7921, de 19 de julio de 2019. (DOGC 7908, de 2 de julio de 2019). *Entidades dedicadas a la discapacidad y voluntariado*

Acuerdo GOV/102/2019, de 9 de julio, por el que se impulsa la elaboración del Pacto nacional por los derechos de las **personas con discapacidad** y se crea la Mesa del pacto nacional por los derechos de las personas con discapacidad. (DOGC 7915, de 11 de julio de 2019).

Resolución TSF/1891/2019, de 5 de julio, por la que se abre la convocatoria de **subvenciones** a proyectos singulares, la Red de Ateneos Cooperativos y proyectos Aracoop, para el fomento de la **economía social y del cooperativismo**, en el ejercicio 2019. (DOGC 7915, de 11 de julio de 2019).

Resolución TSF/1896/2019, de 5 de julio, por la que se abre la convocatoria para la concesión de **subvenciones** para la **incorporación de personas socias trabajadoras o personas socias de trabajo en cooperativas y sociedades laborales** en el ejercicio 2019. (DOGC 7916, de 12 de julio de 2019).

Resolución TSF/1897/2019, de 5 de julio, por la que se abre la convocatoria del año 2019 para la concesión de **subvenciones** a proyectos singulares generadores de empleo sostenible para personas en situación o riesgo de exclusión o personas con discapacidad, en **centros especiales de trabajo o empresas de inserción**. (DOGC 7916, de 12 de julio de 2019).

Orden TSF/174/2019, de 13 de septiembre, de modificación de la Orden TSF/223/2017, de 28 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de las **ayudas** destinadas a dos líneas de apoyo a la ocupación de trabajadores con discapacidad de características especiales de los **centros especiales de empleo**. (DOGC 7962, de 18 de septiembre de 2019).

Orden TSF/177/2019, de 4 de octubre, por la que se aprueban las bases reguladoras que deben regir la convocatoria del **Premio Voluntariado**. (DOGC 7976, de 8 de octubre de 2019).

Orden TSF/178/2019, de 4 de octubre, por la que se aprueban las **bases** que deben regir la convocatoria de **subvenciones** a entidades destinadas a la realización de **programas de interés general**, con cargo a la asignación tributaria del 0,7% del impuesto sobre la renta de las personas físicas de las comunidades autónomas, del ámbito de políticas sociales del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias. Convocatoria en DOGC 7979, de 11 de octubre de 2019. (DOGC 7976, de 8 de octubre de 2019).

Resolución TSF/2594/2019, de 7 de octubre, por la que se abre la convocatoria para el año 2019 para la concesión de las **ayudas** que establece la Orden TSF/223/2017, de 28 de septiembre, que aprueba las bases reguladoras de dos líneas de apoyo a la **ocupación de trabajadores con discapacidad** de características especiales de los **centros especiales de empleo**, modificada por la Orden TSF/174/2019, de 13 de septiembre. (DOGC 7979, de 11 de octubre de 2019).

Orden ARP/191/2019, de 22 de octubre, por la que se modifica la Orden AAM/76/2015, de 10 de abril, por la que se aprueban las **bases** reguladoras de las **ayudas** de minimis en forma de garantía para la financiación de las **empresas agrarias, agroalimentarias, forestales y del sector de la pesca y la acuicultura**, se abre la convocatoria correspondiente y se deroga la Orden AAM/146/2014, de 9 de mayo. (DOGC 7989, de 25 de octubre de 2019).

Orden ARP/204/2019, de 20 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas destinadas a la aplicación del desarrollo local participativo Leader en el marco del Programa de desarrollo rural de Cataluña 2014-2020 (operación 19.02.01). (DOGC 8009, de 25 de noviembre de 2019). *Cooperativas, asociaciones y fundaciones*

COMUNIDAD VALENCIANA

Decreto 203/2019, de 4 de octubre, del Consell, de creación de la **Red Valenciana de Territorios Socialmente Responsables**. (DOGV 8659, de 18 de octubre de 2019).

EXTREMADURA

Resolución de 12 de junio de 2019 por la que se aprueba la convocatoria de las **subvenciones** para el fomento del empleo de las personas en situación de exclusión social a través de **empresas de inserción** de la Comunidad Autónoma de Extremadura, correspondiente a los ejercicios 2019-2020. (DOE 127, de 3 de julio de 2019).

Orden de 26 de julio de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de **subvenciones** destinadas a apoyar los procesos de **reestructuración del sector cooperativo agroalimentario**. (DOE 147, de 31 de julio de 2019).

Orden de 1 de agosto de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de las **ayudas** destinadas a apoyar a **Entidades Asociativas de la Economía Social** y el Autoempleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (DOE 155, de 12 de agosto de 2019).

Resolución de 23 de agosto de 2019, de la Secretaría General, por la que se convocan **subvenciones** destinadas a apoyar los procesos de **reestructuración del sector cooperativo agroalimentario** para 2019. (DOE 171, de 4 de septiembre de 2019).

Orden de 24 de septiembre de 2019 por la que se convocan los **Premios Extremeños al Voluntariado Social** 2019. (DOE 191, de 3 de octubre de 2019).

Resolución de 4 de octubre de 2019, de la Secretaría General, por la que se convocan **ayudas** destinadas a apoyar a **entidades asociativas de la economía social** y el autoempleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2019. (DOE 198, de 14 de octubre de 2019).

Ley 12/2019, de 11 de octubre, del **voluntariado** de Extremadura. (DOE 199, de 15 de octubre de 2019 / BOE 261, de 30 de octubre de 2019).

Resolución de 13 de noviembre de 2019, de la Secretaría General de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones para el fomento del empleo de personas con discapacidad en **centros especiales de empleo** en la Comunidad Autónoma de Extremadura, para el ejercicio 2020. (DOE 225, de 21 de noviembre de 2019).

GALICIA

Resolución de 6 de junio de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de las **subvenciones** del Programa de fomento del parque de **vivienda en alquiler** del Plan estatal de vivienda 2018-2021, y se procede a su convocatoria para el año 2019, con carácter plurianual. (DOG 115, de 19 de junio de 2019). *Fundaciones, empresas de economía social y sus asociaciones, cooperativas de autoconstrucción, organizaciones no gubernamentales y asociaciones declaradas de utilidad pública*

Resolución de 6 de junio de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de las **subvenciones** del Programa de fomento de **viviendas para personas mayores y personas con discapacidad** del Plan estatal de vivienda 2018-2021, y se procede a su convocatoria para el año 2019, con financiación plurianual. (DOG 115, de 19 de junio de 2019). *Fundaciones, empresas de economía social y sus asociaciones, cooperativas de autoconstrucción, organizaciones no gubernamentales y asociaciones declaradas de utilidad pública*

Orden de 24 de junio de 2019 por la que se regulan las bases que regirán las **subvenciones** para entidades de acción voluntaria de carácter privado para el fomento y la realización de actividades de **voluntariado** y se procede a su convocatoria para el año 2019. (DOG 126, de 4 de julio de 2019).

Resolución de 15 de julio de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de las **subvenciones** de los programas de fomento de mejora de la **eficacia energética y sostenibilidad** y de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la **accesibilidad en viviendas** del Plan estatal de vivienda 2018-2021, y se convocan para el año 2019, con carácter plurianual. (DOG 143, de 30 de julio de 2019). *Comunidades energéticas*

Orden de 8 de agosto de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de **ayudas a centros especiales de empleo** (CEE) con el fin de promover la integración laboral de las personas con discapacidad, y se procede a su convocatoria para las anualidades 2019-2020 (códigos de procedimiento TR341K, TR341E, TR341N y TR341M). (DOG 164, de 30 de agosto de 2019).

Orden de 12 de septiembre de 2019 por la que se establecen las bases que regulan las **ayudas y subvenciones** para el **fomento del empleo** a través de los programas de cooperación en el ámbito de colaboración con las **entidades sin ánimo de lucro** y se procede a su convocatoria para el año 2019. (DOG 184, de 27 de septiembre de 2019).

Orden de 18 de septiembre de 2019 por la que se establecen las bases que regulan las ayudas y **subvenciones para el fomento del empleo** a través de los programas de cooperación en el ámbito de colaboración con las **entidades sin ánimo de lucro** para la contratación de agentes de empleo y unidades de apoyo, y se procede a su convocatoria para el año 2019. (DOG 188, de 3 de octubre de 2019).

Orden de 25 de septiembre de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de **ayudas** para la realización del **Programa de formación dual** para personas con discapacidad intelectual en los **centros especiales de empleo** (CEE) y se procede a su convocatoria plurianual (2019 a 2022). (DOG 189, de 04 de octubre de 2019).

Orden de 17 de octubre de 2019 por la que se modifica la Orden de 24 de junio de 2019 por la que se regulan las bases que regirán las **subvenciones** para entidades de acción voluntaria de carácter privado para el fomento y la realización de actividades de **voluntariado**, y se procede a su convocatoria para el año 2019. (DOG 202, de 23 de octubre de 2019).

Resolución de 18 de octubre de 2019 por la que se modifica la Resolución de 15 de julio de 2019 por la que se establecen las bases reguladoras de las **subvenciones** de los programas de fomento de **mejora de la eficacia energética y sostenibilidad** y de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la **accesibilidad en viviendas** del Plan estatal de vivienda 2018-2021, y se convocan para el año 2019, con carácter plurianual. (DOG 204, de 25 de octubre de 2019).

Resolución de 14 de octubre de 2019, de la Dirección General de Mayores y Personas con Discapacidad, por la que se publica la Resolución de 8 de octubre de 2019 por la que se finaliza el procedimiento BS614A de concesión de **subvenciones** destinadas a confederaciones, federaciones y a **entidades de iniciativa social** no asociadas ni federadas, sin ánimo de lucro, para el desarrollo de **proyectos de asesoramiento y formación de personas con discapacidad** en la Comunidad Autónoma de Galicia para los años 2019 y 2020, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, en el marco del programa operativo FSE Galicia 2014 2020. (DOG 206, de 29 de octubre de 2019).

MADRID

Orden de 11 de junio de 2019, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se designa a **REAS Madrid** entidad invitada a participar en la Mesa del Autónomo y la **Economía Social** de la Comunidad de Madrid. (BOCM 145, de 20 de junio de 2019).

Decreto 56/2019, de 18 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Mesa de Diálogo Civil de la Comunidad de Madrid con el **Tercer Sector de Acción Social**. (BOCM 146, de 21 de junio de 2019).

Extracto de la Orden de 20 de noviembre de 2019, de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, por la que se realiza la convocatoria de una cuantía adicional de **ayudas**, con cargo al ejercicio de 2019, para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad severa en **centros especiales de empleo**. (BOCM 281, de 26 de noviembre de 2019).

MURCIA

Extracto de la Orden de la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente por la que se convocan **subvenciones** para el ejercicio 2019 dirigidas a **empresas de inserción** para el fomento de la integración laboral de personas en riesgo o situación de exclusión social. (BORM 133, de 12 de junio de 2019).

Extracto de la Resolución de 8 de julio de 2019, de la Directora Gerente del IMAS, por la que se convocan para el año 2019 **subvenciones** dirigidas a **instituciones sin fin de lucro** para el desarrollo de programas destinados a la **integración socio-laboral** y a la mejora de la empleabilidad de personas en situación o riesgo de exclusión social o con especiales dificultades. (BORM 157, de 10 de julio de 2019).

Extracto de la Resolución de 10 de julio de 2019 de la Directora Gerente del Instituto Murciano de Acción Social, por la que se convocan **ayudas** para Programas de **Integración Sociolaboral** para el año 2019 (APIS). (BORM 159, de 12 de julio de 2019).

Orden de la Consejera de Mujer, Igualdad, LGTBI, Familias y Política Social por la que se convocan los **Premios al Voluntariado** de la Región de Murcia 2019. (BORM 241, de 18 de octubre de 2019).

NAVARRA

Resolución 507E/2019, de 3 de abril, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria de **subvenciones** al fomento del empleo en las **cooperativas de trabajo asociado** y **sociedades laborales** de Navarra mediante la incorporación de socios en las mismas. (BON 109, de 6 de junio de 2019).

Resolución 63E/2019, de 9 de mayo, de la Directora General de Industria, Energía e Innovación, por la que se aprueba la “Convocatoria de 2019 de **subvención a entidades sin ánimo de lucro** para la promoción de la **eficiencia energética**, la implementación de **energías renovables** y el impulso de la **movilidad sostenible y compartida**”. (BON 121, de 24 de junio de 2019).

Resolución 616/2019, de 4 de junio, del Director General de Desarrollo Rural, Agricultura y Ganadería, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas a “**Proyectos colaborativos ámbito social medio rural**”, acogidas al régimen de minimis, y aprobar la convocatoria para el ejercicio 2019. (BON 124, de 27 de junio de 2019).

Resolución 455/2019, de 25 de julio, de la Directora General de Política Económica y Empresarial y Trabajo, por la que se aprueba la convocatoria de 2019 de **ayudas** a la inversión en industrias agroalimentarias. (BON 153, de 7 de agosto de 2019). *Cooperativas agrarias, cooperativas de segundo grado y grupos cooperativos*

Resolución 1637E/2019, de 24 de junio, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se modifica la Resolución 507E/2019, de 3 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria de **subvenciones** al fomento del empleo en las **cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales** de Navarra mediante la incorporación de socios en las mismas. (BON 161, de 19 de agosto de 2019).

Resolución 841/2019, de 25 de julio, del Director General de Desarrollo Rural, Agricultura y Ganadería, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de **ayudas** a las **cooperativas agrarias** para la **elaboración de Informes de Gestión Empresarial** para el año 2019, acogidas al régimen de minimis. (BON 171, de 30 de agosto de 2019).

Resolución 973/2019, de 23 de septiembre, de la Directora Gerente del Servicio Navarro de Empleo-Nafar Lansare, por la que se aprueba la convocatoria y las **bases** reguladoras de las **subvenciones** dirigidas a favorecer la **inserción laboral** en el mercado ordinario de trabajo de las **personas con discapacidad** con especiales dificultades mediante el acompañamiento en el empleo. (BON 196, de 3 de octubre de 2019). Resolución 106/2019, de 7 de noviembre, del Director General de Medio Ambiente, por la que se aprueba las bases del **XI Premio de Buenas Prácticas en Desarrollo Local Sostenible** de la Comunidad Foral de Navarra, José Ignacio Sanz Arbizu 2019-2020. (BON 236, de 29 de noviembre de 2019). *Cooperativas, fundaciones y asociaciones.*

PAÍS VASCO

Orden de 28 de mayo de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan **ayudas** para la **Formación en la Economía Social**. (BOPV 107, de 7 de junio de 2019).

Orden de 4 de junio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan las **ayudas para la asistencia técnica en las Empresas de Economía Social** de la Comunidad Autónoma del País Vasco. (BOPV 109, de 11 de junio de 2019).

Orden de 4 de junio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan **ayudas** para la difusión e implantación de la **Responsabilidad Social Empresarial** en las empresas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. (BOPV 109, de 11 de junio de 2019).

Orden de 4 de junio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan **ayudas para la participación de personas trabajadoras en empresas**. (BOPV 109, de 11 de junio de 2019).

Orden de 11 de junio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan las **ayudas para emprender en economía social** y para la promoción territorial planificada de empresas de economía social. (BOPV 115, de 19 de junio de 2019).

Orden de 11 de junio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan las **ayudas para la intercooperación empresarial en la Economía Social**. (BOPV 115, de 19 de junio de 2019).

Orden de 18 de junio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan **ayudas para la incorporación de personas socias a empresas de economía social**. (BOPV 119, de 25 de junio de 2019).

Orden de 2 de julio de 2019, de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan **ayudas** dirigidas a la consolidación de estructuras asociativas de las empresas y entidades de **economía social** de la Comunidad Autónoma de Euskadi. (BOPV 135, de 17 de julio de 2019).

Orden de 24 de julio de 2019, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, por la que se aprueban, para el año 2019, las bases de la convocatoria de **ayudas a la cooperación**, previstas en el Decreto 43/2017, de 14 de febrero, por el que se establece la normativa marco de las ayudas previstas en el Programa de Desarrollo Rural de Euskadi 2015-2020. (BOPV 150, de 9 de agosto de 2019).
Cooperativas agrícolas y forestales, y asociaciones

Orden de 10 de septiembre de 2019, de la Consejera de Salud, por la que se regulan y se convocan **ayudas** dirigidas a **asociaciones y cooperativas**, para el desarrollo de **proyectos participativos orientados a promocionar la movilidad activa entre el alumnado** de la Comunidad Autónoma del País Vasco, durante el curso escolar 2019-2020. (BOPV 187, de 2 de octubre de 2019).

Orden de 1 de octubre de 2019, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, por la que se convocan, para el ejercicio 2019, las **ayudas** a las **agrupaciones de productores agrarios y forestales**, previstas en el **Programa de Desarrollo Rural** de Euskadi 2015-2020. (BOPV 197, de 16 de octubre de 2019).

Orden de 16 de octubre de 2019, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, por la que se aprueban, para el año 2019, las bases de la convocatoria de las **ayudas al sector pesquero** y acuícola de la Comunidad Autónoma del País Vasco. (BOPV 209, de 04 de noviembre de 2019). *Cofradías de Pescadores*

Orden de 19 de noviembre de 2019, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras y de la Consejera de Trabajo y Justicia, por la que se convocan y regulan las **ayudas** para dimensionar las **empresas de economía social** del sector primario. (BOPV 225, de 26 de noviembre de 2019).

Decreto 168/2019, de 29 de octubre, por el que se regulan los programas y servicios relacionados con la empleabilidad de las personas con discapacidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y el Registro Vasco de **centros especiales de empleo**. (BOPV 2278, de 28 de noviembre de 2019).

RIOJA

Resolución de 31 de octubre de 2019, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se convocan para el año 2019, **ayudas** destinadas a financiar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida de los trabajadores de las unidades de apoyo a la actividad profesional en los **centros especiales de empleo**. (BOR 134, de 08 de noviembre de 2019).

ÍNDICE ACUMULADO

CIRIEC-España,

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

Nº 1 – 1990

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Entidades de Economía Social del año 1988	3
---	---

Nº 2 – 1991

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. 1980-1989.	5
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. 1989.	57
Reseña Legislativa sobre entidades de Economía Social (Enero 1989 - Junio 1990).	145

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Real Decreto 3 de Marzo de 1989 nº 225/1989. Seguridad Social. Incorporación de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado. (BOE 57 de 8 de marzo).	161
- Ley 26 de Mayo de 1989 nº 13/1989. Cooperativas de Crédito. Normas reguladoras. (BOE 129 de 31 de mayo).	163
- Ley Foral 12/1989, de 3 de julio, de Cooperativas de Navarra. (BOE 244, 11 de octubre de 1989).	166
- Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades (BOE, nº 178 de 27 de julio).	169
- Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido d la Ley de Sociedades Anónimas.	169
- Real Decreto 1579/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (BOE, nº 313, de 30 de diciembre; corrección de errores en BOE, nº 8, de 8 de enero 1990).	169
- Real Decreto 1079/1989, de 1 de septiembre, por el que se aprueba la actualización del Régimen Jurídico de las Mutualidades de Previsión Social (BOE nº 214, de 7 de septiembre).	176
- Real Decreto-Ley 29 de Diciembre de 1989, nº 7/1989. Presupuestos del Estado. Medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria (BOE 313 de 30 de diciembre de 1989).	177
- Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorro. (BOE 129, 30 de mayo 1990).	177
- Real Decreto 22 de junio 1990 nº 825/1990. Regula el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones. (BOE nº 155 de 29 de junio de 1990).	179

Nº 3 – 1992

COMENTARIOS

- Las Cooperativas agrarias y el campo de aplicación de la Seguridad Social, por Juan López Gandía 270
- Consecuencias jurídicas de la variación del coste final de la vivienda cooperativa, por Gemma Fajardo García 277
- “Los delitos societarios” en el Anteproyecto de Código Penal (con especial referencia a los administradores que falsearan las cuentas anuales u otros documentos) por Jesús Olavarria Iglesias 283

NOTAS A LA JURISPRUDENCIA

- Nota a la sentencia del T. S. de 24 de enero de 1990, por Gemma Fajardo García 43
 - Nota a la sentencia del T. S. de 7 de noviembre de 1990, por Gemma Fajardo García 49
 - Nota a la sentencia del T. S. de 17 de abril de 1990, por Juan Antonio Esteban García 63
 - Nota a la sentencia del T. S. de 29 de junio de 1989, por Juan Antonio Esteban García 70
 - Nota a las sentencias del T. S. de 26 de marzo de 1990 y 10 de mayo de 1990, por Jesús Olavarria Iglesias 77
 - Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1990. 9
 - Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía social 1990 25
 - Reseña de Jurisprudencia de otros Tribunales sobre entidades de Economía Social de 1988 – 1990 137
 - Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social julio 1990 – junio 1991 245
- DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS
- Reseña de las disposiciones de mayor interés por G. Fajardo, J. F. Juliá, J. Olavarria, M. Cubedo, J. Castaños y F. López Almenar 256

Nº 4 – 1993

COMENTARIOS

- Recientes reformas en el Derecho cooperativo italiano, por Renato Dabormida 162
- Ley francesa nº 92 de 13 de julio de 1992 relativa a la modernización de las empresas cooperativas, por Gemma Fajardo 171
- La Ley Marcora: la gestión en forma cooperativa de las empresas en crisis en Italia, por Simonetta Ronco 181
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social, por Jesús Olavarria y Gemma Fajardo. 14
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (julio 1991 - febrero 1993), por Gemma Fajardo. 91

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Orden de 29 de julio de 1992 116
- R. D. 1345/1992, de 6 de noviembre 120
- Orden de 30 de septiembre de 1992 124
- R. D. 84/1993, de 22 de enero 127

Nº 5 – 1994

COMENTARIOS

- La regulación de las empresas de trabajo temporal según la Ley 14/1994, de 1 de junio, y su incidencia sobre el régimen jurídico de las cooperativas. Por Consuelo Chacartegui Jávega 386
- La transformación de la cooperativa en otras formas sociales, por José Luis Sánchez Moliner 396
- La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Gemma Fajardo García 415
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre entidades de Economía Social, 1992, por Gemma Fajardo García 7
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social, 1992, por Gemma Fajardo y Jesús Olavarria 28
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (marzo 1993 - agosto 1994), por Gemma Fajardo García 197

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley Vasca 4/1993 de Cooperativas 234
- Reglamento del Registro vasco de cooperativas (D. 189/1994) 309
- Ley 14/1994 de Empresas de trabajo temporal 342
- Ley 12/1994 de Fundaciones del País Vasco 351
- Ley 9/1994 de Régimen fiscal de las cooperativas navarras 367

Nº 6 – 1995

COMENTARIOS

- Breve comentario del Título I de la Ley de Fundaciones. Por Remigio Beneyto Berenguer 253
- Algunas reflexiones en torno a la nueva Ley de Cooperativas Valencianas, por M^a Luisa Llobregat Hurtado 265
- La acreditación de las aportaciones sociales mediante anotaciones en cuenta en la Ley de Cooperativas e la Comunidad Valenciana, por Francisco González Castilla 271
- Elecciones sindicales y empresas cooperativas, por Federico V. López Mora 291
- Fondo de garantía salarial y sociedades anónimas laborales, por Federico V. López Mora 301
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre entidades de Economía Social (enero 1993-marzo 1994). Por Alicia García Herrera 7
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social 1993. Por Jesús Olavarria y Gemma Fajardo 43
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (septiembre 1994 - junio 1995), por Gemma Fajardo García 119

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general 147
- Ley 8/1994 de cajas de ahorro 175
- Ley 3/1995 de modificación de la Ley 11/1985 193
- Ley 2/1995 de sociedades de responsabilidad limitada (art. 93 y disposición adicional séptima) 229
- Ley 4/1995 de crédito cooperativo 231

Nº 7 – 1995

COMENTARIOS

- Las Mutualidades en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Por Luis Miguel Avalos Muñoz 209
- Los grupos cooperativos, por José Miguel Embid Irujo 221
- Notas críticas al Estatuto Jurídico Privado de las Sociedades Agrarias de Transformación, por Félix López de Medrano 233
- Notas sobre la elección de miembros del Consejo de Administración en las Cajas de Ahorros: A propósito de la resolución de la D.G.R.N. de 14 de enero de 1994, por María José Vañó Vañó 269
- Empresas públicas locales: De la iniciativa pública en la actividad económica a la arbitrariedad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1993), por Javier Viciano Pastor 283

NOTAS A LA JURISPRUDENCIA

- Nota a la sentencia del T. S. de 14 de octubre de 1994, por M^a José Vañó Vañó 58
- Nota a la sentencia del T. S. de 30 de mayo de 1995, por Carlos Salinas 63
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social (enero 94- junio 95), por Gemma Fajardo y Jesús Olavarraría 9
- Reseña de Legislación sobre entidades de economía social (julio 1995 - diciembre 1995), por Gemma Fajardo García 93

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las Explotaciones Agrarias 109
- Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito 127
- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 135

Nº 8 – 1996

COMENTARIOS

- La reforma de la legislación cooperativa valenciana: algunas aportaciones, dudas y problemas, por Narciso Paz Canalejo 111
- Reflexiones sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas laborales y las cooperativas de trabajo asociado. Por María Luisa Llobregat Hurtado 123
- Mutualidades de Previsión Social vinculadas a Colegios Profesionales: incorporación obligatoria (comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de enero de 1996). Por Jesús Olavarria Iglesia 143
- Comentarios al Real Decreto 2028/1995 relativo a cooperativas de viviendas que soliciten financiación pública. Por Jaime Oñate Clemente de Diego 165
- Protección por desempleo y trabajo cooperativo, por Federico Vicente López Mora 171
- Seguridad social en las empresas de Economía Social, por Federico Vicente López Mora 175
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre entidades de Economía Social (julio 95-diciembre 95), por Gemma Fajardo y Jesús Olavarria 9
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (enero 1996 - septiembre 1996), por Gemma Fajardo García 45

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 4/1996, de 31 de mayo, de Cajas de ahorro de Galicia 63
- Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra 81

Nº 9 – 1998

COMENTARIOS

- La determinación y distribución de resultados del ejercicio económico en el anteproyecto de Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Análisis crítico, por Manuel Paniagua Zurera 9
- Organizaciones de trabajo asociado y transmisión de empresas. Por Frederic López i Mora 31
- La cooperativización en la economía cubana. Su reglamentación jurídica, por Marta Moreno Cruz y Emilia Horta Herrera 43
- Estudio comparado de las estructuras financieras de las empresas cuyos titulares son sociedades cooperativas reguladas por las leyes españolas de cooperativas, general y autonómicas, así como del régimen jurídico de las principales masas patrimoniales que las integran, por Primitivo Borjabad Gonzalo 53

SEMINARIO. EL COOPERATIVISMO VALENCIANO: PERSPECTIVA JURÍDICA ACTUAL (15, 23 y 29 de octubre / 5, 13 y 19 de noviembre de 1997)

- Presentación por Manuel Serrano Richarte 104
- Tendencias de la legislación cooperativa en España, por Gemma Fajardo García 106
- Ámbito de aplicación de la legislación autonómica sobre cooperativas. Por Narciso Paz Canalejo 115
- Consideraciones generales sobre la reforma del régimen de los órganos sociales de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, por Vicente Cuñat Edo 134
- Problemas actuales de la integración cooperativa, por José Miguel Embid Irujo 149
- Cuestiones sobre el régimen económico de la cooperativa. Por Francisco Vicent Chuliá 167
- Mesa Redonda: Situación del cooperativismo valenciano 183
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social, enero 1996-junio 1997 215
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (octubre 1996 - mayo 1997) 261

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales 269
- Decreto Ley nº 7/1998, de 15 de enero. Reglamenta el régimen jurídico de las cooperativas de solidaridad social de Portugal 279
- Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid 283
- Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura 293
- Ley 6/1998, de 13 de mayo, de Regulación del Funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas 363

Nº 10 – 1999

COMENTARIOS

- Los recursos propios en las Cooperativas de Crédito, por Conrado Balaguer Escrig 9
- Algunos comentarios sobre la relación entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho de Cooperativas, por José María Paz Arias 25

- Propiedad horizontal en régimen cooperativo, por Iván Jesús Trujillo Díez.	37
- La reforma de la legislación cooperativa estatal, por Gemma Fajardo García.	45
- Jornadas. Mutualidades de Previsión Social (23 de noviembre de 1998).	79
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 1997 - Enero 1999.	111
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (junio 1997 - diciembre 1998)	195
DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS	
- Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.	211
- Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia.	257
- Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón.	319
- Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.	359
- Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre Registro Administrativo de Sociedades Laborales.	393
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.	399
LEGISLACIÓN EXTRANJERA	
- Lei 51/1996, de 7 de septiembre. Código Cooperativo Portugués.	455

Nº 11 – 2000

COMENTARIOS

- Análisis de la reforma de la Ley 4/1993, de 24 de junio de cooperativas de Euskadi (Ley 1/2000, de 29 de junio), por Santiago Merino Hernández.	9
- Grupos paritarios de cooperativas de crédito y prácticas restrictivas de la competencia. A propósito del Grupo Caja Rural, por Francisco González Castilla.	25
- Las cooperativas de segundo grado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, por Ángeles Cuenca García.	69
- Xornadas de Estudio sobre a Lei de Cooperativas de Galicia, por Alfredo Romero Gallardo.	119
- El orden jurídico-constitucional del cooperativismo portugués, por Rui Namorado.	135
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Enero 1999-Abril 2000.	151
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (enero 1999 - abril 2000)	183
DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS	
- Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.	197
- Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.	273
- Decreto 64/1999, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedi- mientos y requisitos relativos a las sociedades cooperativas de utilidad pública.	339
- Decreto 61/2000, de 4 de abril, por el que se regulan las Cooperativas de Iniciativa Social.	345
- Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía.	347
- Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.	389
- Ley 7/2000, de 29 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad Valenciana.	415
- Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.	425

Nº 12 – 2001

COMENTARIOS

- La cooperativa mixta: un tipo societario, por Juan Grima Ferrada.	9
- Análisis de la naturaleza y del régimen jurídico de organización y funcionamiento del Consejo Gallego de Cooperativas, por Julio Costas Comesaña.	21
- La prescripción de las obligaciones entre la cooperativa y sus socios y la naturaleza no mercantil de su relación, por Gemma Fajardo García.	37
- Tratamiento fiscal de las cooperativas de crédito, por M ^a Pilar Alguacil Marí	51
- La sociedad cooperativa de pequeño tamaño: ¿es una verdadera forma simplificada de sociedad cooperativa?, por Renato Dabormida.	85
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. Marzo 1994 – Diciembre 2000.	109
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Mayo 2000 – diciembre 2000.	127
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (abril 2000 - diciembre 2000)	193

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi.	211
- Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad Autónoma de Madrid	221
- Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de Junio, de Cajas de Ahorro	237
- Ley 4/2000, de 28 de noviembre, de reforma de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorros en Aragón	269
- Real Decreto-Ley 10/2000, de 6 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a los sectores agrario, pesquero y del transporte.	277
- Real Decreto 1278/2000, de 30 de junio, por el que se adaptan determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas	279
- Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica	283
- Decreto 245/2000, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Arbitraje, Conciliación y Mediación Cooperativos de Extremadura	291

Nº 13 – 2002

COMENTARIOS

- El futuro de la legislación cooperativa, por Francisco Vicent Chuliá.	9
- Beneficios fiscales aplicables a las cooperativas en el impuesto sobre Sociedades, por Marta Montero Simó	49
- Los procesos de concentración y de integración cooperativa y su tributación: especial referencia a las fusiones y a la creación de grupos cooperativos. Por Purificación Peris García	69
- El órgano de administración en las sociedades laborales, por Josefina Boquera Matarredona.	111
- Reforma del derecho societario y fines cooperativistas, por Emanuele Cusa	125
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social	141

Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Enero 2001 – marzo 2002	151
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (enero 2001 - marzo 2002)	243
DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS	
- Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja	263
- Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León	323
- Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas de la Cataluña.	385
- Ley 5/2001, de 10 de mayo, de Crédito Cooperativo	441
- Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas	461
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación	475
- Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña	493
- Ley 5/2001, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla y León	507
 Nº 14 – 2003	
COMENTARIOS	
- Reflexiones en torno a la nueva Ley de Cooperativas de Cataluña, por Cristina R. Grau López	9
- Novedades de la Ley 8/2003 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, por M ^a José Senent Vidal	31
- La Sociedad Cooperativa Europea, por Francisco Vicent Chuliá	51
- El arbitraje cooperativo. El caso valenciano, por Jaime Martí Miravalls	83
- Tratamiento fiscal de las cooperativas a la luz del régimen europeo de Ayudas de Estado, por M ^a Pilar Alguacil Marí	131
- Ley Orgánica del Derecho de Asociación: Aspectos sociales y económicos, por José Luis Argudo Pérez	183
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. Enero 2002 – Enero 2003	205
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Abril 2002 – Julio 2003	209
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (abril 2002 - marzo 2003)	323
DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS	
- Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha	339
- Ley 3/2002, de 16 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas	407
- Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Illes Balears	413
- Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana	473
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones	535
- Decreto 129/2002, de 24 de septiembre, que regula el funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Sociedades Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.	555
- Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)	565
- Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta la implicación de los trabajadores.	593

Nº 15 – 2004

COMENTARIOS

- Insolvencia de empresas de Economía Social y del Tercer Sector: Soluciones extraordinarias de convenio concursal, por Juan Ignacio Font Galán, Luis M ^a Miranda Serrano, Javier Pagador López, Pedro José Vela Torres.	9
- Denominación, domicilio, impugnación de acuerdos y derecho de suscripción preferente en las sociedades laborales, por Josefina Boquera Matarredona.	29
- Transmisión de acciones y participaciones en las sociedades laborales, por Daniel Rodríguez Ruiz de Villa	57
- Las cooperativas como empresas de inserción social, por M ^a José Senent Vidal.	109
- La Sociedad Cooperativa Europea y su adecuación a los principios de la ACI, por Pablo Rodríguez Abelenda.	129
- Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico, por Emanuele Cusa	171
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2003 – Mayo 2004.	191
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (abril 2003 - mayo 2004)	247

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo	263
- Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas de las cajas de ahorros	275
- Ley 7/2003, de 26 de marzo, de Inserción Sociolaboral de La Rioja.	283
- Ley 10/2003, de 13 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de Cataluña.	293
- Decreto 280/2003, de 4 de noviembre, de desarrollo de la Ley 6/1998, de 13 de mayo, de regulación del funcionamiento de las secciones de crédito de las cooperativas catalanas.	315
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Fomento de las Cooperativas en Europa	319

Nº 16 – 2005

COMENTARIOS

- La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas, por Gemma Fajardo García.	9
- La representación de las sociedades cooperativas en la Ley Andaluza, por Manuel Paniagua Zurera	55
- El reglamento de régimen interno de la cooperativa: “instrucciones de uso”, por M ^a José Senent Vidal.	69
- Convenio arbitral y conflictos cooperativos. Por Jaime Martí Miravalls	81
- El principio de educación, formación e información como pilar básico del concepto de cooperativa, por José M. Corberá Martínez.	101
- Apuntes sobre la pertinencia o necesidad de un derecho solidario, por Dante Cracogna	131

COMENTARIOS Y NOTAS DE JURISPRUDENCIA

- Externalización productiva, cooperativas de trabajo asociado y fraude de ley. (STS 12-9-2004). Por Frederic López i Mora	227
- Establecimiento en Reglamento de Régimen interior de Cooperativa como causa de baja obligatoria de los socios de la no prestación de los servicios debidos, (STS 1-6-2004). Por M ^a José Senent Vidal.	234
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Junio 2004 – diciembre 2004. Por Jesús Olavarria, Gemma Fajardo, Rocio Martí, Frederic López y M ^a José Senent.	149
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social (junio 2004 - julio 2005), por Gemma Fajardo	241

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Decreto 104/2004, de 23 de septiembre, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Consejo Superior Regional para el Fomento del Cooperativismo de Castilla y León	269
- Decreto 125/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Castilla y León	275
- Decreto 59/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi.	281
- Decreto 248/2004, de 14 de octubre, de Galicia por el que se regulan los procedimientos de conciliación y arbitraje cooperativa	313
- Decreto 83/2005, de 22 abril, del Consell de la Generalitat, por el que se regulan las Cooperativas de Crédito de la Comunidad Valenciana	321
- Decreto legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorros de Galicia.	331
- Ley 6/2004, de 18 de octubre, de Cajas de Ahorro de La Rioja.	355

Nº 17 – 2006

COMENTARIOS

- El encuadramiento jurídico de la economía social - introducción al caso portugués. Por Rui Namorado.	9
- La fusión de cooperativas en la legislación española. Por I. Gemma Fajardo García	35
- Marco jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España. Por Ana Lambea Rueda	85
- Algunos problemas de nulidad y eficacia del convenio arbitral cooperativo. Por José Luis Argudo Pérez	113
- Régimen jurídico de los nuevos tipos “cooperativos” de Venezuela. Por Alberto García Müller	131
Reseña de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre entidades de Economía Social. Enero 2005 - enero 2006. Por Isabel Rodríguez Martínez	143
Reseña de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Enero 2005 - diciembre 2005. Por Jesús Olavarria, Gemma Fajardo Rocio Martí y Consuelo Alcover.	163

COMENTARIOS Y NOTAS DE JURISPRUDENCIA

- Tratamiento tributario de las Cajas de Ahorro y principio de igualdad tributaria. Por María Pilar Alguacil Marí 227
- El arbitraje en las sociedades cooperativas. Por Santiago Merino Hernández 230
- Sector público, descentralización productiva y cooperativas de trabajo asociado como empresas “pantalla”. Por Frederic López i Mora 234
- Reseña de legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo 239

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley Foral 5/2006, de 11 de abril, de modificación de la Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra, para la adición de la regulación de las cooperativas de iniciativa social 279
- Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal 283
- Decreto 72/2006, de 30 de mayo, por el que se establecen los procedimientos de arbitraje, conciliación y mediación, en el ámbito de la Economía Social de Castilla-La Mancha 307
- Decreto 50/2006, de 23 de marzo, de modificación del Decreto 261/2002, de 30 de julio, por el que se aprueban las normas reguladoras de las cofradías de pescadores y sus federaciones en Galicia 317

Nº 18 – 2007

COMENTARIOS

- La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno derecho de sociedades. Por Carmen Pastor Sempere 9
- La aplicación del apartado quinto del artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a las Sociedades Cooperativas. Por Manuel José Vázquez Pena 37
- El Derecho de la Economía Social: entre la Constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia. Por Alfonso Cano López 53
- La potestad administrativa sancionadora en la Ley 8/2003, de 24 de marzo de Cooperativas de la Comunidad Valenciana. Por María Burzaco Samper 73
- Responsabilidad por no promoción de la disolución de los miembros del consejo rector. Por Jorge Moya Ballester 107
- Retos y oportunidades de la globalización para las cooperativas y el marco legal cooperativo. Por Hagen Henrÿ 123

Reseña de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social.

- Enero 2006 - junio 2005. Por Jesús Olavarría 139
- Reseña de legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo 163

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS PUBLICADAS

- Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas 179
- Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia 205
- Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra 273
- Ley 8/2006, de 1 de diciembre, de segunda modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi 307
- Ley 8/2006, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura 311

- Ley 1/2007, de 5 de febrero, de la Generalitat, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana 319
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo 327

Nº 19 – 2008

COMENTARIOS

- Marco jurídico de las empresas de economía social: dificultades y alternativas en la configuración de un estatuto jurídico para las entidades de economía social. Por Luis Ángel Sánchez Pachón. 9
- Bases jurídicas de las políticas públicas sobre cooperativas. Por Alberto García Müller. 39
- Algunas consideraciones sobre las cooperativas de iniciativa social en el marco del fomento de empleo y la inserción laboral. Una perspectiva jurídico-económica. Por Amalia Rodríguez González y Ana Ortega Álvarez 55
- Incentivos fiscales a cooperativas y entidades sin fines lucrativos. ¿Paradigma de las políticas de promoción de la responsabilidad social de las organizaciones? Por Mercedes Ruiz Garijo 79
- Métodos de resolución extrajudicial de conflictos en las sociedades cooperativas de Galicia. Por Pablo Fernández Carballo-Calero y Christian Herrera Petrus 99

SIMPOSIO CONFESAL: PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE 1997 DE SOCIEDADES LABORALES

- Presentación. Por Gemma Fajardo García 125
- Texto integrado de la Ley vigente con las reformas propuestas 127

Aspectos societarios

- Aspectos societarios de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales. Por Gemma Fajardo García 141
- Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma. Por Alfonso Cano López 159
- Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales presentada por CONFESAL. Por Jesús Olavarría Iglesia 173
- Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de Sociedades Laborales – CONFESAL. Problemas societarios. Por Juan Carlos Sáenz García De Albizu 179

Aspectos tributarios

- Reforma de la tributación de las sociedades laborales. Por Mª Pilar Alguacil Marí. 189
- La reforma de los preceptos tributarios de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales. Por Iñigo Barberena Belzunze 217
- Algunas reflexiones a la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales 4/1997, en materia fiscal. Por José Manuel de Luis Esteban 223
- Sociedades laborales: problemas actuales y justificación científica de una fiscalidad adecuada. Por Rafael Calvo Ortega 237

Aspectos laborales y de la Seguridad Social

- Las sociedades laborales desde el derecho del trabajo. Cuestiones centrales y propuestas de reforma. Por Juan Lopez Gandía 251
- Sobre la reforma de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales. Por Frederic López i Mora 263
- Exposición y análisis sobre la propuesta de reforma de la ley en los aspectos laborales y de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social. Por José Luis Goñi Sein 291

- Aspectos laborales de la propuesta de reforma de la Ley de Sociedades Laborales de CONFESAL. Por Maravillas Espín Sáez 309

NOTAS Y COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

- Impugnación de asamblea general de cooperativa por defectos en su convocatoria (STS 12 de marzo de 2007). Por M^a José Senent Vidal 334
- Impugnación de acuerdos de asamblea general y Derecho de información del cooperativista (STS 28 de marzo de 2007). Por M^a José Senent Vidal 340
- El IVA de las subvenciones del FEOGA a las cooperativas forrajeras (STS 12 de junio de 2007). Por María Pilar Bonet Sánchez 344
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2006 - junio 2007. Por Jesús Olavarría Iglesia, Gemma Fajardo García, Rocío Martí Lacalle y Consuelo Alcover 315
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo 365

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS

- Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. (Extracto) Disposición adicional cuarta 391
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. (Extracto) Disposición Adicional Sexta y Séptima. 393
- Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (BOE 299, 14 de diciembre) 395
- Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi. 409

Nº 20 – 2009

COMENTARIOS

- La legislación española sobre cooperativas y sociedades laborales: ¿una respuesta adecuada a las necesidades del sector? Por Rosalía Alfonso Sánchez 9
- La progresiva diversificación del objeto social de las cooperativas de viviendas. Por Manuel Botana Agra 43
- La estructura orgánica de la sociedad cooperativa y el reto de la modernidad corporativa. Por Carlos Vargas Vasserot 59
- Notas en torno al régimen jurídico de responsabilidad civil de los administradores de cooperativas. Por Luis Pedro Gallego Sevilla 83
- Las mutualidades de previsión social como fórmula alternativa dentro del IRPF a los planes de pensiones de los sistemas asociado e individual. Por Juan Calvo Vérguez 115
- Razones que justifican una fiscalidad específica de las Mutualidades de Previsión Social. Por M.^a Consuelo Fuster Asencio 149
- Nueva versión de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina. Por Dante Cracogna 183
- Los principios cooperativos en la legislación chilena. Por Jaime Alcalde Silva 201
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2007 - junio 2008. Por Gemma Fajardo García, Jesús Olavarría Iglesia, Rocío Martí Lacalle y Consuelo Alcover 293

NOTAS Y COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA

- El pago único de la prestación por desempleo para la participación en sociedades laborales y cooperativas. Por Vanessa Martí Moya y Luis Millán Alventosa 307
- La no deducibilidad en el Impuesto de Sociedades de las dotaciones efectuadas a fondos internos, como forma que instrumentaliza compromisos por pensiones. Por M.^a Consuelo Fuster Asencio 349
- Reseña de legislación sobre entidades de Economía Social (Mayo 2008 - Junio 2009). Por Gemma Fajardo 361

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERES

- Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana 397
- Ley 9/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de modificación de la Ley 98/1998, de 9 de diciembre de 1998, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana 417

DOCUMENTACIÓN

- Informe sobre Economía Social (Informe Toia). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo (26-1-2009) 435
- Decisión de la Comisión Europea relativa a las medidas de apoyo al sector agrícola aplicadas por España tras la subida del coste del combustible (nº C 22/2001) 449
- Anexos al Informe para la elaboración de una Ley de Fomento de la Economía Social. Por José Luís Monzón (Coordinador), Rafael Calvo Ortega, Rafael Chaves Ávila, Isabel Gemma Fajardo García, Fernando Valdés Dal-Re 485
- MERCOSUR. Estatuto de las cooperativas. 509

Nº 21 – 2010

ARTÍCULOS

- Principales aspectos jurídicos del derecho de información del socio en la cooperativa. Por María del Pino Domínguez Cabrera 9
- El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas. Por Carlos Vargas Vasserot 37
- Aplicación del régimen de operaciones vinculadas a las operaciones cooperativas-socio. Las operaciones cooperativizadas. Por Miguel Ángel Sánchez Huete 59
- Empresas de inserción: razones para una fiscalidad específica. Por M^a Pilar Bonet Sánchez 87
- Luces y sombras de la reforma de la Ley de Sociedades Laborales. Por M^a del Mar Andreu Martí 119
- Las aportaciones no dinerarias en las sociedades agrarias de transformación. Un caso singular: valoración por remisión a los criterios contenidos en las leyes fiscales sobre comprobación de valores. Por Miguel Ángel Luque Mateo 145
- Respuesta del ordenamiento jurídico español ante la realidad de la Sociedad Cooperativa Europea. Por Rosalía Alfonso Sánchez 169
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2008 - Junio 2009. Por Gemma Fajardo García, Jesús Olavarría Iglesia, Rocío Martí Lacalle y Consuelo Alcover 199
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García 239

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERES

- Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas 263

- Ley 4/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón	337
- Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (Capítulo IV)	363
- Real Decreto 1298/2009, de 31 de julio, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y el Reglamento de mutualidades de previsión social, aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre	367
- Real Decreto 49/2010, de 22 de enero, por el que se crea el Registro Administrativo de Empresas de Inserción del Ministerio de Trabajo e Inmigración	375
DOCUMENTACIÓN	
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Distintos tipos de empresa». 1 de octubre de 2009	379

Nº 22 – 2011

ARTÍCULOS

- El régimen jurídico del cambio de las cajas de ahorros españolas. Por María Jesús Peñas Moyano	9
- En torno al concepto y la caracterización jurídica de la empresa (rectius: sociedad) de inserción. Por Alfonso Cano López	43
- Aportaciones exigibles o no exigibles: ésa es la cuestión. Por Carlos Vargas Vasserot	75
- Los acuerdos intercooperativos. Un instrumento jurídico para la colaboración en momentos de crisis económica. Por Luis Ángel Sánchez Pachón	121
- El régimen fiscal especial de las cooperativas y su compatibilidad con la normativa sobre ayudas de Estado. Por M ^a Belén Bahía Almansa	151
- El estatuto jurídico-profesional de los socios trabajadores en la proyectada reforma de las sociedades laborales. Por Faustino Cavas Martínez y Alejandra Selma Penalva	181
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Julio 2009 - Septiembre 2010. Por Gemma Fajardo García, Jesús Olavarría Iglesia, Rocío Martí Lacalle, Consuelo Alcover Navasquillo y Pilar Alguacil Marí	217

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

- La adjudicación y venta de parcelas como objeto social de las cooperativas de viviendas. Por Gemma Fajardo García	253
- Deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las dotaciones a la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro. Por Consuelo Fuster Asencio	273
- Calificación a efectos del IVA de la derrama especial exigida a los cooperativistas de la PSV en ejecución del plan de viabilidad. Por M ^a Pilar Bonet Sánchez	279
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García	291

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERES

- Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social	315
- Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España	331
- Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha	341

Nº 23 – 2012

ARTÍCULOS

- Ley de Economía Social, interés general y regímenes tributarios especiales. Por Salvador Montesinos Oltra. 9
- Delimitación del concepto de cooperativa: de los principios cooperativos a la responsabilidad social corporativa. Por Enrique Gadea Soler 37
- Uma análise do regime jurídico da cooperativa à luz do conceito de empreendedorismo social. Por Deolinda Aparício Meira 59
- Competitividad de las cooperativas y régimen fiscal específico: el incentivo por objetivos. Por María del Carmen Pastor del Pino 97
- El sistema de fuentes de la sociedad cooperativa europea domiciliada en España tras la aprobación de su ley reguladora 3/2011 de 4 de marzo. Por Irene Escuin Ibáñez 121
- Adjudicación y cesión de uso en las Cooperativas de Viviendas: usufructo, uso y habitación y arrendamiento. Por Ana Lambea Rueda 139
- La Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias y sus potenciales efectos jurídicos en las entidades de economía social. Por María José Senent Vidal 179
- El nuevo estatuto de las sociedades agrarias de transformación en Aragón. Por José Luis Argudo Pérez 205
- El estudio de los negocios onerosos en ámbitos religiosos como base para la moderna economía ética. Por Andrea Nuvoli 237
- Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de Economía Social. Octubre 2010 - Septiembre 2012. Por Jesús Olavarría Iglesia y Gemma Fajardo García 269
- Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García 377

DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS

- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas 397

DOCUMENTACIÓN

- Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales. 493
- Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales. Ponente: Giuseppe Guerini 509

Nº 24 – 2013

- Prólogo. Por José Luis Monzón Campos 7

ARTÍCULOS

- Superar la crisis del Estado de bienestar: el rol de las empresas democráticas, una perspectiva jurídica. Por Hagen Henry 11
- A Lei de Bases da Economia Social portuguesa: do projeto ao texto final. Por Deolinda Aparício Meira. 21
- Notas críticas a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas. Por Manuel Paniagua Zurera 53
- Singularidades del régimen jurídico contable de las sociedades cooperativas. Por Eugenio Olmedo Peralta 117
- Estatuto jurídico del socio capitalista de las cooperativas mixtas. Por Angélica Díaz de la Rosa 157

- Empleo de calidad y cooperativas de trabajo asociado: trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores. Por Juan Escribano Gutiérrez	199
- Conveniencia de incorporar capital a las sociedades cooperativas. Las cooperativas mixtas y su comparativa con el sistema italiano. Por Trinidad Vázquez Ruano	225
- La delincuencia fiscal y su sanción penal ¿provocan las peculiaridades de las cooperativas alguna diferencia? Por M ^a Begoña Villarroya Lequericaonandia	253
- Las esferas jurídica, social e institucional del comercio justo. Desde la visión general del comercio justo hasta una posible función activa de las universidades valencianas en esta materia. Por Fernando de Rojas Martínez-Parets	285
- El nuevo grupo de estudio en derecho cooperativo europeo y el proyecto «Los principios del derecho cooperativo europeo». Por Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henrÿ, David Hiez, Hans-H. Münkner y Ian Snaith	331
Reseña de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre entidades de economía social. Octubre 2012 - octubre 2013. Por Gemma Fajardo García y Jesús Olavarría Iglesia	351
COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA	
- El sistema de precio fijo de los libros y las Cooperativas de consumo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013. Por María José Senent Vidal	425
- Consecuencias fiscales de la incorrecta aplicación del Fondo de Educación y Promoción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 noviembre 2012. Por María Pilar Alguacil Marí	441
- Imputación fiscal de subvenciones a los socios solicitantes aunque la Sociedad Agraria de Transformación ejecute la acción subvencionada. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 2013. Por María Pilar Alguacil Marí	447
- La participación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en las sociedades de prevención. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 abril de 2013. Por Manuel Alegre Nueno	453
Reseña de Legislación sobre entidades de Economía Social. Por Gemma Fajardo García.	459

Nº 25 – 2014

ARTÍCULOS

- El marco jurídico de la economía social en Chile: configuración actual y perspectivas. Por Jaime Alcalde Silva	9
- La Sociedad Cooperativa Europea: cuestiones y perspectivas. Por Antonio Fici	69
- O regime jurídico brasileiro das sociedades cooperativas - uma breve reflexão sobre a adequação das normas societárias em face da orientação internacional de integração dos mercados e o desenvolvimento das cooperativas. Por Emanuelle Urbano Maffioletti	123
- A societarização do órgão de administração das cooperativas e a necessária profissionalização da gestão. Por Deolinda Aparício Meira	159
- La auditoría en las cooperativas españolas y francesas. Estudio comparativo de su régimen legal. Por Amaia Zubiaurre Gurruchaga.	195
- Resolución extrajudicial de conflictos en las cooperativas españolas. Por María Salas Porras.	243
- Algunos aspectos jurídico-mercantiles tras el concurso de Fagor. Por Arantza Martínez Balmaseda	281

- Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la Ley de Sociedades Laborales. Por M ^a del Mar Andreu Martí	313
- La consecución del principio de libre establecimiento a través de la Sociedad Cooperativa Europea: el procedimiento de traslado de domicilio. Por Irene Escuin Ibáñez	343
- Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional (ACI). Por Juan Luis Moreno	371
Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. Octubre 2013-octubre 2014. Por Jesús Olavarría Iglesia	395
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Octubre 2013-junio 2014. Por Gemma Fajardo García	487
 Nº 26 – JULIO 2015	
En memoria del Profesor Justino Duque	7
ARTÍCULOS	
- Revision of co-operative law as a reaction to the challenges of economic, social and technological change. Por Hans-H. Münkner	11
- Contributos legislativos para a criação de empresas cooperativas: a livre fixação do capital social. Por Deolinda Aparício Meira	27
- Constitución telemática de sociedades cooperativas y sociedades limitadas laborales tras el Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero. Por Rafael Jordá García	53
- La estructura financiera de las cooperativas andaluzas: particularidades y consecuencias concursales. Por Enrique Melchor Giménez	89
- Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbana. Experiencias novedosas en Cooperativas de viviendas: rehabilitación y mediación. Por Ana Lambea Rueda	121
- Cooperaçã, Concorrência e Colusão. Os Casos de cooperativas de anestesiólogistas com domínio de mercado no Brasil. Por Guilherme Krueger	157
- Algunas consideraciones sobre el ánimo de lucro en las cooperativas de iniciativa social. (Análisis de su relación con los principios cooperativos). Por Amalia Rodríguez González	187
- Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico. Por María Isabel Grimaldos García	233
- Economía del bien común: análisis y propuestas sobre la constitucionalidad de su incenti- vación fiscal. Por Yolanda García Calvente	261
- El crowdfunding no lucrativo, como mecanismo alternativo de financiación en la economía social. Por Diego Salvador Sáez.	303
Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. Noviembre 2014 - Julio 2015. Por Jesús Olavarría Iglesia	339
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Julio 2014 - Mayo 2015. Por Gemma Fajardo García	443
RECENSIONES	
- El derecho de reembolso en las sociedades cooperativas, de Rodrigo Viguera Revuelta. Por Gemma Fajardo García	469

Nº 27 – DICIEMBRE 2015

(MONOGRÁFICO: Principios y valores cooperativos en la legislación)

Presentación. Por Carlos Vargas Vasserot 7

ARTÍCULOS

- El papel esencial del derecho cooperativo. Por Antonio Fici 13
- Los principios cooperativos como principios configuradores de la forma social cooperativa.
Por Rosalía Alfonso Sánchez 49
- La relación de los principios cooperativos con el derecho. Por Miguel Ángel Santos Domínguez 87
- El principio cooperativo de puertas abiertas (adhesión voluntaria y abierta). Tópico o realidad en la legislación y en la práctica societaria. Por Carlos Vargas Vasserot 133
- El principio de gestión democrática en las sociedades cooperativas. Alcance y recepción legal. Por Enrique Barrero Rodríguez y Rodrigo Viguera Revuelta 175
- Orientaciones y aplicaciones del principio de participación económica. Por Gemma Fajardo García 205
- El quinto principio internacional cooperativo: educación, formación e información. Proyección legislativa en España. Por Antonio José Macías Ruano 243
- Una perspectiva actual del sexto principio cooperativo: cooperación entre cooperativas. Por Cristina Cano Ortega 285
- La intervención pública en las sociedades cooperativas. El inadecuado papel de las administraciones públicas como garantes de los principios y valores cooperativos mediante el ejercicio de la potestad sancionadora. Por María Burzaco Samper 333
- Los principios cooperativos en la legislación tributaria. Por Marina Aguilar Rubio 373
- Os princípios cooperativos no contexto da reforma do código cooperativo português. Por Deolinda Aparício Meira y María Elisabete Gomes Ramos 401
- Princípios cooperativos e benefícios fiscais. Por Nina Aguiar 429
- La sociedad agraria de transformación a la luz de los principios cooperativos de la ACI y de la ley de economía social. Por Emilio Mauleón Méndez 459
- Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. Agosto 2015 - 15 de diciembre 2015. Por Jesús Olavarría Iglesia 395
- Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Junio 2015 - Noviembre 2015. Por Gemma Fajardo García

DOCUMENTACIÓN

- Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Manchester (Reino Unido). Septiembre 1995 583
- Background paper to the statement on the cooperative identity 587

Nº 28 – JUNIO 2016

ARTÍCULOS

- Otro enfoque para las entidades de la economía social. Por Igone Altzelai Uliondo 9
- La legislación cooperativa portuguesa y su reforma de 2015. Por Gemma Fajardo García 45
- La responsabilidad de los administradores de las sociedades cooperativas: mosaico legal e interpretación judicial. Por María José Morillas Jarillo 97
- Novedades en la regulación del órgano de administración de las sociedades laborales. Por Josefina Boquera Matarredona 155

- Um ensaio sobre os desafios da cooperativa brasileira e a governança sob a perspectiva dos direitos dos cooperados. Por Emanuelle Urbano Maffioletti y Laísa de Oliveira Ferneda	175
- La responsabilidad del socio cooperativista por las pérdidas sociales. Por Ibon Viteri Zubia	209
- Las cooperativas como sujetos de protección fiscal. Por María del Carmen Pastor del Pino	247
- A fiscalização das cooperativas à luz do novo Código Cooperativo português. Por Deolinda A. Meira	281
- Función social y problemática jurídica de las cooperativas prestadoras de servicios públicos en Argentina. Por Patricia A. Fernández de Andreani	329
- Beneficio compartido, derecho de sociedades y economía social: una perspectiva comparada. Por Luis Hernando Cebriá	349
Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. 16 de diciembre - 15 de junio 2016. Por Jesús Olavarría Iglesia	403
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Diciembre 2015 - Mayo 2016. Por Gemma Fajardo García	483
DISPOSICIONES DE MAYOR INTERÉS	
- Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la economía social de Galicia	503

Nº 29 – DICIEMBRE 2016

ARTÍCULOS

- Empresas de inserción en la economía social. Herramientas para la inclusión sociolaboral. Por Carlos Askunze Elizaga	15
- Mutualidades de previsión social, economía social y mercado asegurador. Por José Antonio Montero Vilar, M ^a Cristina Reza Conde y Cristina Pedrosa Leis	47
- Las asociaciones. Por Carlos Díaz-Aguado Jalón.	81
- Cofradías de pescadores. Por Manuel J. Botana Agra y Rafael A. Millán Calenti	117
- La inclusión de la sociedad agraria de transformación en la Ley de Economía Social. Pretensión del legislador o realidad en la praxis empresarial. Por Emilio Mauleón Méndez y Juana Isabel Genovart Balaguer	147
- Los principios de la Economía Social en la Ley de Sociedades Laborales y Participadas. Por María del Pino Domínguez Cabrera	185
- Las cooperativas. Por Aitor Bengoetxea Alkorta.	205
- Centros Especiales de Empleo. Por Pablo Moratalla Santamaría	235
Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. 16 junio 2016 - 31 diciembre 2016 . Por Jesús Olavarría Iglesia.	273
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Junio 2016 - Noviembre 2016. Por Gemma Fajardo García	359

Nº 30 – JUNIO 2017

ARTÍCULOS

- Compromiso social de la empresa y mercado. Por Igone Altzelai Uliondo	9
- Principios y valores cooperativos, igualdad de género e interés social en las cooperativas. Por Itziar Villafañez Pérez.	47

- La participación de los trabajadores en el capital social de las sociedades laborales y sus posibles formas de financiación. Por Encarnación García Ruiz	85
- La nueva regulación legal de la separación y la exclusión de socios en las sociedades laborales. Por Mercedes Sánchez Ruiz.	121
- Cooperatives under dutch law – a flexible format not only for farmers. Por Barbara Bier	161
- Regime jurídico das cooperativas de trabalho em Portugal: estado da arte e linhas de reforma. Por Deolinda Meira, André Almeida Martins y Tiago Pimenta Fernandes.	199
- Problemática del depósito de las cuentas anuales y del informe de auditoría en el Registro de sociedades cooperativas. Por Amaia Zubiaurre Gurruchaga	229
- El modelo subvencional para el fomento del cooperativismo, a debate. Especial referencia a la situación en la comunidad autónoma del País Vasco. Por Itxaso Gallastegi Ormaetxea	263
- Cooperativas en Canarias: el caso del sector vitivinícola. Por Juan Manuel Dieste Cobo.	287

DOCUMENTACIÓN

- The Principles of European Cooperative Law according to SGECOL / Los Principios del Derecho Cooperativo Europeo según SGECOL. Por Gemma Fajardo, Antonio Fici, Hagen Henry, David Hiez, Deolinda Meira, Hans-H. Münkner y Ian Snaith	313
--	-----

RESEÑAS DE PUBLICACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. AÑO 2016. Por Amalia Rodríguez González y Itziar Villafáñez

Pérez	353
-----------------	-----

RECENSIONES

- Cooperativa y concurso. Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios, de Itziar Villafáñez Pérez. Por Amalia Rodríguez González.	373
- Las Sociedades cooperativas y la adaptación de sus principios al mercado, de Antonio José Macías Ruano. Por Amalia Rodríguez González	377
- La fusión de cooperativas, de Cristina Cano Ortega. Por Luisa María Esteban Ramos	383
- El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas; la Asamblea General, de Miguel Ángel Santos Domínguez. Por Itziar Villafáñez Pérez.	393
Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. 1 enero 2017 – 31 junio 2017. Por Jesús Olavarría Iglesia.	401
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Diciembre 2016 – Mayo 2017. Por Gemma Fajardo García.	423

Nº 31 – DICIEMBRE 2017

Presentación del monográfico. Perfiles tributarios del uso de la vivienda en la economía social y colaborativa. Por Pilar Alguacil Marf	7
---	---

ARTÍCULOS

- La oportunidad del estímulo fiscal a la eficiencia energética en la rehabilitación de inmuebles para lograr la sostenibilidad en la vivienda. Por María Amparo Grau Ruiz.	15
- Fiscalidad del consumo colaborativo de alojamiento turístico: tratamiento de los usuarios de plataformas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por Salvador Montesinos Oltra.	43

- La polémica implantación del nuevo régimen fiscal per locazioni brevi en Italia: nuevas obligaciones para los intermediarios y las plataformas de alojamiento. Por María Teresa Mories Jiménez 93
- Aspectos tributarios del cohousing o convivencia. Por Manuel Lucas Durán 137
- El acceso a la vivienda a través de aportaciones colectivas: especial referencia a sus consecuencias tributarias. Por María del Mar Soto Moya 171
- Repensar la política fiscal sobre la rehabilitación de viviendas: propuesta de régimen fiscal para iniciativas cohousing. Por M.ª Cristina Bueno Maluenda 197
- Fiscalidad del alquiler turístico de habitaciones y viviendas en Cataluña. Por Irene Rovira Ferrer 227
- Consumo colaborativo y entidades sin fines lucrativos: Aspectos fiscales. Por Carlos Javier Correcher Mato 253
- La aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en las principales operaciones de las cooperativas de viviendas. Por Antonio José Ramos Herrera 279
- Operativa actual y cuestiones controvertidas de la aplicación del régimen especial de servicios prestados por vía electrónica del IVA por Airbnb. Por Borja Astarloa Ilarduya 303
- 'Economía colaborativa' y el transporte de personas. Por Trinidad Vázquez Ruano 325

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

Coordina: Manuel Paniagua Zurera

- Improcedencia de la revocación de la condición de asociación de utilidad pública en supuestos de "externalización" de servicios públicos en favor de asociaciones con tal carácter. Comentario a la STS, Contencioso-3ª, de 15 de febrero de 2016, RJ 685. Por Juan Antonio Carrillo Donaire 359
- ¿Puede un socio resolver su contrato de adquisición de una vivienda en forma cooperativa cuando el promotor incumple sus obligaciones legales sobre las cantidades anticipadas para la construcción? Comentario a la STS de 12 de julio de 2016, RJ 3562. Por Ana Lambea Rueda 367
- ¿Se puede identificar la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de realizar su fin fundacional? Comentario STS de 15 de junio de 2016, RJ 3875. Por Marta Montero Simó 377
- ¿Un contrato de financiación puede alterar el régimen de reembolso de las aportaciones sociales en una sociedad cooperativa? Comentario a la STS, Civil-1ª, de 24 de noviembre de 2016, RJ 5639. Por Manuel Paniagua Zurera 381
- Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. 1 julio 2017 – 31 diciembre 2017. Por Jesús Olavarría Iglesia 387

Nº 32 – JULIO 2018

ARTÍCULOS

- Los principales aspectos jurídico-económicos del proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas de Canarias. Por Cándido Román Cervantes, Inmaculada Galván Sánchez y María del Pino Domínguez Cabrera 9
- Utilización de los medios electrónicos de comunicación en el funcionamiento de las asambleas de las sociedades cooperativas. La experiencia de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas. Por Diego Cruz Rivero 37

- La cooperativa de vivienda de cesión de uso. Reforma legislativa y políticas públicas en Euskadi. Por Rosa Otxoa-Errarte Goikoetxea	67
- Las cooperativas no agropecuarias de primer grado en Cuba. Consideraciones críticas de su régimen jurídico. Por Yisel Muñoz Alfonso, Idania López González y Yulier Campos Pérez	111
- O regime de dotação da reserva legal e o mecanismo contabilístico do excedente nulo. Por Deolinda Meira, Ana Maria Bandeira y Ana Luísa Ferreira	149
- Régimen jurídico del Fondo de apoyo financiero de las cooperativas catalanas con sección de crédito. Por Joaquim Castañer Codina	179
- Laguna legal en el encuadramiento del socio trabajador de la Sociedad Laboral a partir de la refundición de la Ley General de la Seguridad Social por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 30 de octubre. Por Manuel Flores Méndez	235
- Las fundaciones. Por Carlos Díaz-Aguado Jalón	269
- La organización y dirección de las fundaciones. Por José Antonio Orejas Casas	305
RESEÑAS DE PUBLICACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL. AÑO 2017. Por Amalia Rodríguez González y Itziar Villafáñez Pérez	373
RECENSIONES	
- Derecho de Sociedades Cooperativas. Régimen económico, integración, modificaciones estructurales y disolución, de Carlos Vargas Vasserot, Enrique Gadea Soler y Fernando Sacristán Bergia. Por Luisa María Esteban Ramos	399
- Retos y oportunidades de las sociedades cooperativas andaluzas ante su nuevo marco legal. Comentario a la Ley 14/2011 de Sociedades Cooperativas Andaluzas y a su Reglamento de desarrollo (Decreto 123/2014), de Carlos Vargas Vasserot y María José Morillas Jarillo. Por Amalia Rodríguez González	407
- Comentario a la Ley de Sociedades Laborales y Participadas, de Francisco J. Alonso Espinosa. Por Diego Vázquez Villamediana	413
- Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports. Los principios del Derecho Cooperativo Europeo. Principios, Comentarios e Informes Nacionales, de Gemma Fajardo-García, Antonio Fici, Hagen Henrÿ, David Hiez, Deolinda A. Meira, Hans-H. Münkner y Ian Snaith. Por M ^a Soledad Fernández Sahagún	419
- La participación económica del socio. Un principio internacional cooperativo de pronóstico reservado, de Antonio José Macías Ruano. Por Itziar Villafáñez Pérez	423
- Nuevas manifestaciones de cooperativismo de trabajo asociado: Los autónomos esporádicos, de Juan Antonio Altés Tárrega. Por Manuel García Jiménez	427
- Cooperativas y seguridad social, de Juan López Gandía. Por Aitor Bengoetxea Alkorta	435
- Entidades con valor social: Nuevas perspectivas tributarias, de Isaac Merino Jara. Por Helena Fernández Cembrero	439
- Régimen Jurídico de las cooperativas, de Myriam Caicedo Vasco. Por Amalia Rodríguez González	445
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Relación sistemática de disposiciones. Junio 2017 – Marzo 2018. Por Gemma Fajardo García	451

Nº 33 – DICIEMBRE 2018

Presentación del monográfico “La contribución del Derecho a la innovación social y al empleo en la Economía Social”. Por Gemma Fajardo García 7

ARTÍCULOS

- El reto del Derecho ante los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social. Por Isabel Álvarez Vega. 13
 - Normativa cooperativa andaluza e innovación. La contribución de la reciente normativa andaluza de cooperativas a la innovación social y el empleo. Por Luciano Ramírez de Arellano Espadero 45
 - El impulso de la Responsabilidad Social de la Empresa en las Entidades de Economía Social: los deberes de los administradores de las sociedades laborales como caso paradigmático. Por María Isabel Grimaldos García 73
 - Educación, formación e información de los socios en las cooperativas (un principio cooperativo al servicio del fomento del empleo de calidad). Por Amalia Rodríguez González 105
 - Las cooperativas de emprendedores y su contribución al emprendimiento en economía social. Por Gemma Fajardo García e Izaskun Alzola Berriozabalgoitia 145
 - Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis jurisprudencial y propuestas de actuación. Por Manuel García Jiménez. 185
 - Cooperativas y profesionales. Problemática del ejercicio de actividades profesionales por medio de cooperativas. Por Luis Ángel Sánchez Pachón 223
 - La contratación pública como instrumento activo de innovación social. Por María Burzaco Samper 259
 - Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales. Por Javier Mendoza Jiménez, Cándido Román Cervantes y Montserrat Hernández López 295
 - El monotributo social como mecanismo de impulso a la economía social y solidaria en Argentina. Por Agustín Torres 333
- Reseña de jurisprudencia del tribunal supremo sobre entidades de economía social. 1 enero 2018 – 30 junio 2018. Por Jesús Olavarría Iglesia. 381
- Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Relación sistemática de disposiciones. Abril 2018 - Noviembre 2018. Por Gemma Fajardo García 447

Nº 34 – JULIO 2019

En memoria del Profesor Siegbert Rippe Kaiser. Por Gemma Fajardo García y Jesús Olavarría Iglesia 7

ARTÍCULOS

- Responsabilidad de las personas administradoras de la sociedad laboral por incumplimiento de los deberes específicos. Por María Soledad Fernández Sahagún. 11
- El mandato constitucional del fomento cooperativo y su desarrollo legislativo, 40 años después. Por Juan Miguel Díaz Rodríguez 51
- La reducción legal de la base social cooperativa. Análisis de la tendencia legislativa en las sociedades cooperativas de primer grado: el caso andaluz. Por Luis Ocaña Escolar y José Manuel Betanzos Martín 91

- El impuesto de plusvalía y la reestructuración de empresas de economía social. Por Miguel Ángel Luque Mateo	129
- Algunas cuestiones en relación con el derecho de voto. Especial atención al voto plural en las sociedades capitalistas y cooperativas. Por Rodrigo Viguera Revuelta	169
- Transmisión de empresa a los trabajadores organizados en cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales. Por Juan Escribano Gutiérrez	201
- Sobre la noción de interés social en las sociedades cooperativas y los principios cooperativos. Por Belén García Álvarez	235
- El fomento de la integración de las cooperativas agroalimentarias andaluzas a través del reconocimiento como entidad asociativa prioritaria agroalimentaria. Por Daniel Hernández Cáceres	279
- El ánimo de lucro y la profesionalidad en el ámbito de la economía colaborativa. Por Pablo Fernández Carballo-Calero	307
RECENSIONES	
- Derecho cooperativo latinoamericano. Por Ane Etxebarria Rubio	345
- Régimen jurídico del Voluntariado y de la Cooperación al Desarrollo. Estudios sobre Derecho y Bienestar Social. Por Amalia Rodríguez González	353
- Cooperativas de enseñanza. Régimen jurídico y económico: aspectos estratégicos. Por Paula de Iscar de Rojas	357
- El cooperativismo en Cuba. Situación actual y propuestas para su regulación y fomento. Por Itziar Villafáñez Pérez	363
- Encrucijadas y retos europeos en la regulación jurídica de la Fundación en España. Por Amalia Rodríguez González	371
- Estudio sistemático del principio cooperativo de gestión democrática. Su aplicación práctica en un modelo de empresa eficiente. Por M ^a Soledad Fernández Sahagún	373
- Código Cooperativo Anotado. Por Amalia Rodríguez González	379
Reseñas de publicaciones de carácter jurídico sobre entidades de economía social. Año 2018. AÑO 2018. Por Amalia Rodríguez González y Itziar Villafáñez Pérez	383
Reseña de legislación sobre entidades de economía social. Relación sistemática de disposiciones. Diciembre 2018 – Mayo 2019. Por Gemma Fajardo García	411

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa es una revista jurídica de periodicidad semestral, cuyo campo de estudio es el formado por las empresas y entidades que tienen como finalidad el servicio del interés general o social, más concretamente la economía social, integrada, principalmente, por las cooperativas, sociedades laborales, mutualidades, fundaciones y asociaciones.

El Consejo de Redacción de la revista **CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa** examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Los trabajos deberán ser inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio. Se supone que todos los autores han dado su aprobación para que el manuscrito se presente a la revista.

Los originales serán sometidos al criterio de evaluadores externos anónimos (doble referee). Serán criterios de selección el nivel científico y la contribución de los mismos al intercambio de información entre el ámbito investigador y el de los profesionales de las administraciones públicas y de las empresas de la economía social. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión editorial será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del manuscrito. Los autores de los manuscritos aprobados para su publicación deberán ceder el copyright del artículo y autorizar a la Revista para publicar el artículo en su página web y a incluirlo en diversas bases de datos científicas, conforme a la legalidad vigente.

Un ejemplar del artículo deberá ser remitido en formato electrónico a la dirección ammb@uv.es

Dirección Portal: CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa.

Campus Els Tarongers. Facultad de Economía, despacho 2P21, 46022 Valencia.

Normas de edición:

1. Los artículos estarán redactados en lengua española, portuguesa o inglesa.
2. Su primera página deberá incluir:
 - Título del artículo en el idioma original y en inglés. Si el título es largo deberá contener un

título principal que no excederá de los 40 caracteres y un título secundario.

- El/los nombre/s, dirección/es e institución a las que pertenecen el/los autor/es, y el máximo rango académico alcanzado por cada autor hasta la fecha, señalando, asimismo, la dirección a la que habrá de remitirse la respuesta del consejo de redacción.
 - Un resumen de 100 a 150 palabras, en castellano e inglés.
 - Entre cuatro y ocho palabras clave o descriptivas en castellano e inglés.
 - Entre tres y seis claves-descriptores alfanuméricos conforme al sistema de clasificación de Econlit <https://www.aeaweb.org/jel/guide/jel.php>. Al menos una de ellas debe ser propia o próxima a la Economía Social.
 - Sumario.
3. El artículo, redactado con letra a tamaño 12 y en interlineado simple, tendrá una extensión de entre 15 y 30 páginas, incluidos textos, tablas y elementos gráficos, bibliografía y anexos. El autor entregará una copia en soporte informático (Microsoft Office o formato RTF).

4. La bibliografía del estudio, tanto a pie de página como al final del artículo se citará de la siguiente manera:

Monografía: Autor (Autores): *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año, página.

Ejemplo: Martín Bernal, J.M.: *Asociaciones y Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 46.

Artículo: Autor (Autores): "Nombre del Artículo", *Nombre de la revista o publicación*, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, página.

Ejemplo: Fajardo García, I.G.: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *Ciriec. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa (o RJCiriec)*, nº 16, Noviembre, 2005, pp. 9-11.

La cita a pie de página podrá sustituirse por la indicación en el texto y entre paréntesis del autor, el año de su publicación (distinguiendo a, b, c, ... si hay varias publicaciones del mismo autor) y eventualmente las páginas. Por ejemplo: (Botana, 2004:87).

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

CIRIEC-España, revista jurídica de economía social y cooperativa (RJ Ciriec) is an annual scientific review of law. Its research field ranges over enterprises and entities which aim is to serve to the general benefit and, in particular, social economy -mostly composed of co-operatives, labour societies, mutual saving banks, foundations and associations.

The Editing Board of the review will examine all articles related to social economy (third sector), specially those related to co-operatives, mutual benefit societies and non profit organizations, which are submitted to be published. All articles submitted must be unpublished and not submitted to any other source for its publication. It is supposed that authors have given their consent to publish the article in this review.

Papers will be evaluated by external referees. The articles' scientific level and their contribution to the information exchange between the research field and that of those working on Public Administration and on social economy (third sector) will be some of the selective criteria. Articles may be accepted, revised to a different degree or refused. The authors of the articles accepted must renounce to the copyright of its version and authorize the review to publish their articles on its Web page as well as reproduced them in different scientific data base, as established by law.

Articles must be sent in electronic format to ammb@uv.es.

Postal mail: CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa.

Campus Els Tarongers. Facultad de Economía, despacho 2P21, 46022 Valencia.

Writing procedures:

1. All articles must be written in Spanish, Portuguese or in English.

2. Their first page must include:

- Article's title in the original language and in english version. If the title is long, it should offer a principal title of no more than 40 characters and a secondary title.
- The name/s and address/es of the institutions to which authors belong, indicating also the e-mail address to which the Editing Board should answer.
- 100 - 150 words abstract in Spanish and English.
- Four - eight keywords or descriptors.
- Between three and six keys - alphanumeric descriptors as established by Econlit classification system <https://www.aeaweb.org/jel/guide/jel.php>
- Summary

3. The article text, typewritten in one space must have an extension between 15 and 30 pages, including notes and bibliography, and in electronic format (Microsoft Office or RTF).

4. Quotations both footnotes and end of the article must be cited in the following way:

Book: Martín Bernal, J.M.: *Asociaciones y Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 46.

Artículo: Fajardo García, I.G: "La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas", *Ciriec. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* (o *RJCiriec*), nº 16, Noviembre, 2005, pp. 9-11.

Quotation in a footnote may be replaced by indication in the text including in brackets the first surname of the author/s as well as its publication year (distinguishing between a, b, c if there were different publications of the same author/s) and eventually, the pages; for example (Botana 2004, 87).

All quotes must be listed at the end of the article in alphabetical and chronological order, under the headline Bibliography.

EVALUADORES

El Consejo de Dirección de CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, desea agradecer la colaboración de los siguientes evaluadores:

ACUÑA, Mónica
 AGUILAR RUBIO, Marina
 ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía
 ALGUACIL MARÍ, Pilar
 ALONSO MÁS, María José
 ALZOLA BERRIOZABALGOITIA, Izaskun
 ANTENTAS, Josep Maria
 APARICIO MEIRA, Deolinda
 ARANA LANDÍN, Sofia
 ARGUDO PERIZ, José Luis
 ARNAU COSÍN, María José
 BAHÍA ALMANSA, Belén
 BATALLER GRAU, Juan
 BENGOTXEA ALKORA, Aitor
 BLASCO LAHOZ, Juan Francisco
 BLASCO PELLICER, Carmen
 BONET NAVARRO, Jaime
 BONET SÁNCHEZ, Pilar
 BOQUERA MATARREDONA, Josefina
 BOTANA AGRA, Manuel
 BURZACO SAMPER, María
 CALDERÓN MILÁN, Beatriz
 CALVO VERGEZ, Juan
 CRACOGNA, Dante
 CUENCA GARCÍA, Ángeles
 CUÑAT EDO, Vicente
 DÍAZ DE LA ROSA, Angélica
 DOMINGO LÓPEZ, Enrique
 ESPÍN SÁEZ, Maravillas
 ESPINOSA, Rosario
 ESTEVAN DE QUESADA, Carmen
 FERRANDO VILLALBA, María Lourdes
 FICI, Antonio
 GADEA SOLER, Enrique
 GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel
 GARCÍA MÜLLER, Alberto
 GARCÍA RUÍZ, Encarnación
 GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel
 GENOVART BALAGUER, Juanabel
 GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco
 HINOJOSA TORRALVO, Juan José
 KRUEGER, Guilherme
 LAMBEEA RUEDA, Ana
 LATORRE CHINER, Nuria
 LEITE, Joao
 LEJARRIAGA PÉREZ DE LAS VACAS, Gustavo
 LOPEZ MORA, Federico
 LUQUE MATEO, Miguel Angel
 MACÍAS RUANO, Antonio José
 MAFFIOLETTI, Emanuelle
 MARÍ MIRAVAL, Jaume
 MARIMÓN DURÁ, Rafael
 MARTÍ MOYA, Vanessa
 MARTÍNEZ CHARTERINA, Alejandro
 MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco José
 MATEU GORDON, José Luis
 MELIÁN NAVARRO, Amparo
 MERINO HERNÁNDEZ, Santi
 MONTERO SIMO, Marta
 MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar
 MORATAL, José
 MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel
 MORILLAS JARILLO, María José
 NAVARRO LÉRIDA, Sagrario
 NAVARRO MATAMOROS, Linda
 PANIAGUA ZURERA, Manuel
 PASTOR SEMPERE, Carmen
 PÉREZ DE URALDE, Txema
 PÉREZ MILLA, José Javier
 PUYALTO FRANCO, M^a José
 RAMOS, Elisabete
 RIBAS BONET, M^a Antonia
 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia
 RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia
 ROMERO CIVERA, Agustín
 RUIZ GARIJO, Mercedes
 SACRISTÁN BERGIA, Fernando
 SÁNCHEZ MOLINER, José Luis
 SANCHEZ PACHÓN, Luis Ángel
 SANTOS DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel
 SENENT VIDAL, M^a José
 SERRA RODRÍGUEZ, Adela
 TATO PLAZA, Anxo
 TORRES PÉREZ, Francisco José
 VAÑÓ VAÑÓ, María José
 VARGAS VASSEROT, Carlos
 VASQUEZ PALMA, M^a Fernanda
 VÁZQUEZ PENA, Manuel José
 VILLAFÁÑEZ, Itziar

Declaración ética y de buenas prácticas

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa es una publicación cuyo campo de estudio es el formado por las empresas y entidades que tienen como finalidad el servicio del interés general o social, más concretamente la economía social. El equipo editorial de *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* consideramos que el deber de toda revista científica es velar por la difusión y transferencia del conocimiento, garantizando el rigor y la calidad científica, con un alto compromiso ético. De ahí que adoptemos como referencia el Código de Conducta que, para editores de revistas científicas, ha establecido el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics).

Obligaciones y responsabilidades generales de los Editores

En su calidad de máximos responsables de la revista, los Editores de *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* se comprometen a:

- esforzarse por satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- mejorar constantemente la revista;
- asegurar la calidad del material que publican;
- velar por la libertad de expresión;
- mantener la integridad académica de su contenido;
- impedir que a los intereses comerciales comprometan los criterios intelectuales;
- estar dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retractaciones y disculpas cuando sea necesario.

Relaciones con los lectores

Los lectores deben estar informados acerca de quién ha financiado la investigación y sobre el papel en la investigación de la entidad financiera.

Relaciones con los autores

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa se compromete a asegurar la calidad del material que publica, dejando constancia de los objetivos y normas de la revista, así como de sus diferentes secciones.

Las decisiones de los editores para aceptar o rechazar un documento para su publicación se basan únicamente en la relevancia del trabajo, su originalidad y claridad expositiva, así como en la pertinencia del estudio en relación a la línea editorial de la revista.

La revista incluye una descripción de los procesos seguidos en la evaluación por pares de cada trabajo recibido, comprometiéndose a dejar constancia y justificar cualquier desviación importante de los procesos descritos (caso de que se produzcan). Para todo ello, la revista

cuenta con una guía de autores en la que consta todo aquello que se espera de éstos. Dicha guía se actualiza regularmente y contiene un vínculo a la presente declaración ética.

Se reconoce el derecho de los autores a apelar contra las decisiones editoriales.

Los editores no modificarán su decisión en la aceptación de envíos, a menos que se detecten irregularidades o situaciones extraordinarias. Cualquier cambio en los miembros del equipo editorial no afectará a las decisiones ya tomadas salvo casos excepcionales en los que confluían graves circunstancias.

Relaciones con los evaluadores

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa pone a disposición de los evaluadores una guía acerca de lo que se espera de ellos. Dicha guía se actualiza regularmente y contiene un vínculo al presente código ético.

La identidad de los evaluadores se encuentra en todo momento protegida, garantizándose su anonimato.

Proceso de evaluación por pares

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa garantiza que el material remitido para su publicación será considerado como materia reservada y confidencial mientras que se evalúa.

Reclamaciones

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa se compromete responder con rapidez a las quejas recibidas y a velar para que los demandantes insatisfechos puedan canalizar otras quejas. En cualquier caso, si los interesados no consiguen satisfacer sus reclamaciones, se considera que están en su derecho de elevar sus protestas a otras instancias.

Fomento del debate

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa admite la publicación de artículos de crítica sobre los trabajos que aparecen en la revista. En tales casos, los autores de los trabajos criticados tendrán la oportunidad de réplica.

Los estudios que reportan resultados negativos no deben ser excluidos.

Fomentar la integridad académica

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa asegura que el material que publica se ajusta a las normas éticas internacionalmente aceptadas.

Protección de datos individuales

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa garantiza la confidencialidad de la información individual (por ejemplo, de los profesores y/o alumnos participantes como colaboradores o sujetos de estudio en las investigaciones presentadas).

Es responsabilidad última/directa de los autores el disponer de las autorizaciones pertinentes para imágenes (fotografías personales, marcas comerciales...) y otros datos (edad, sexo, nivel social, etc.) de personas o productos comerciales.

Seguimiento de malas prácticas

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa asume su obligación para actuar en consecuencia en caso de sospecha de malas prácticas o conductas inadecuadas. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados. Los editores no sólo rechazarán los manuscritos que planteen dudas sobre una posible mala conducta, sino que se consideran éticamente obligados a denunciar los supuestos casos de mala conducta. Desde la revista se realizarán todos los esfuerzos razonables para asegurar que los trabajos sometidos a evaluación sean rigurosos y éticamente adecuados.

Integridad y rigor académico

Cada vez que se tenga constancia de que algún trabajo publicado contiene inexactitudes importantes, declaraciones engañosas o distorsionadas, debe ser corregido de forma inmediata.

Si, se detecta algún trabajo cuyo contenido sea fraudulento, será retirado tan pronto como se conozca, informando inmediatamente tanto a los lectores como a los sistemas de indexación.

Entre otras, se consideran prácticas inadmisibles, y como tal se denunciarán las siguientes: el envío simultáneo de un mismo trabajo a varias revistas, la publicación duplicada (o con cambios irrelevantes) del mismo trabajo, o la fragmentación artificial de un trabajo en varios artículos.

Relaciones con los propietarios y editores de revistas

La relación entre editores, editoriales y propietarios es a menudo compleja, pero debe quedar siempre sujeta al principio de independencia editorial. *CIRIEC-España, Revista*

Jurídica de Economía Social y Cooperativa garantizará siempre que los artículos se publiquen en base a su calidad e idoneidad para los lectores, y no con vistas a un beneficio económico o político. En este sentido, el hecho de que la revista no se rija por intereses económicos y defienda el ideal de acceso al conocimiento libre, universal y gratuito, facilita dicha independencia.

Conflicto de intereses

CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa habilitará/adecuará los mecanismos necesarios para evitar/solventar los posibles conflictos de intereses de autores, evaluadores y/o el propio equipo editorial.

Quejas/denuncias contra editores

Cualquier autor, lector, evaluador o editor puede remitir sus quejas a los organismos competentes correspondientes.

CIDEC

El CIDEC es el Centro de Información y Documentación Europea de Economía Pública, Social y Cooperativa, de la Facultat d'Economia de la Universitat de València y de la asociación científica CIRIEC-España.

Desde 1989 ofrece información y asesoramiento a investigadores, estudiantes y otras personas interesadas en temas de Economía Social, en especial cooperativas de trabajo asociado, cooperativas agrarias, otras cooperativas, entidades sin ánimo de lucro y asociacionismo, y en temas de empleo, servicios sociales y turismo rural. El CIDEC edita la revista de información *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa* y colabora en todas las publicaciones de CIRIEC-España.

El CIDEC procesa, almacena e indexa en su BASE DE DATOS los artículos contenidos en las revistas, tanto nacionales como internacionales, que versan sobre Economía Social y Cooperativa y sobre Economía Pública existentes en su centro de documentación. Dispone de un *Servicio de Alerta* por correo electrónico.

Los investigadores pueden acceder a los contenidos de la base de datos contactando directamente con el CIDEC:

CIDEC
Campus Tarongers
Biblioteca de Ciencias Sociales Gregori Maians
46022 – VALENCIA (ESPAÑA)
Web site: <http://www.uv.es/cidec>
E-mail: cidec@uv.es
Telf. 96 382 87 44

<http://www.ciriec-revistajuridica.es>

Patrocina:



Con la colaboración de:

VNIVERSITAT ID VALÈNCIA (U·V)

IUDESCOOP

Institut Universitari d'Investigació en Economia Social, Cooperativisme i Emprenedoria



Centro de Información y Documentación Europea de la Economía Pública, Social y Cooperativa.

www.ciriec-revistajuridica.es

