

Informe 3/2025 de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Plan de Compra Pública Socialmente Responsable del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES

Por la Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda, Interior y Administración Pública se solicita mediante escrito de 2 de abril de 2025 informe de esta Junta Consultiva sobre el proyecto del Plan de Compra Pública Socialmente Responsable del Gobierno de Aragón, elaborado por la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, en los siguientes términos:

«Uno de los objetivos en materia de contratación pública para ésta legislatura es implementar un Plan de Compra Pública Socialmente Responsable, como primera fase de un proyecto más ambicioso que sería el Plan de Contratación Estratégica del Gobierno de Aragón. Durante el primer semestre de 2024, personal de los órganos de contratación, de las direcciones generales y organismos autónomos con competencias en el ámbito social, interventores, letrados, etc. colaboraron en un trabajo de investigación que llevó a cabo la Universidad de Zaragoza sobre la economía social y la contratación pública en Aragón. Posteriormente, en los meses de septiembre y octubre se celebraron una serie de talleres sobre la compra pública social con participación de entidades del tercer sector.

Con las aportaciones que han realizado durante el proceso las entidades de economía social, gestores de contratación y empleados públicos, y otras entidades empresariales, sindicales y asociativas, la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización ha elaborado el borrador del Plan de Compra Pública Socialmente Responsable del Gobierno de Aragón que se somete a informe de la Junta, en base a

los artículos 3.2 y 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 30 de abril de 2025, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitar informe.

De conformidad con el artículo 98.2, b) de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y con el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, compete a esta Junta Consultiva informar sobre las cuestiones que facultativamente se sometan a su consideración en materia de contratación pública.

La Sra. Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda, Interior y Administración Pública es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, a) del Reglamento citado.

II.- Objeto y contenido del documento sometido a informe.

En cuanto a sus objetivos, el borrador del Plan de Compra Pública Socialmente Responsable señala la preocupación expresada por el legislador europeo en 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, por incorporar a la contratación pública perspectivas que vayan más

allá del mero aprovisionamiento, intención claramente acogida 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y materializada, entre otros muchos preceptos, en el artículo 1.3, en el que se establece el carácter preceptivo de cláusulas sociales y ambientales. Por su parte, el legislador aragonés ha incorporado esta dimensión de la contratación a la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (LUECP).

En él se expresa que se trata de un primer paso en la elaboración de un Plan de Compra Pública Estratégica del Gobierno de Aragón que incorpore objetivos que los ámbitos social, medioambiental y de innovación, además de incorporar como valores transversales el desarrollo territorial y el apoyo a las PYMES y a la economía social. Para ello es preciso establecer una estrategia que determine «los objetivos sociales, medioambientales o de innovación que se quieren apoyar» y cuales son las cláusulas contractuales adecuadas a tales fines.

Aunque el documento no contiene un sumario, se organiza en los siguientes epígrafes, que pueden dar una idea bastante aproximada de sus contenidos:

I. PLAN DE COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA

1. MARCO NORMATIVO

2. OBJETIVO DEL PROYECTO.

3. UN PLAN DE COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA EN FASES

4. ÁMBITO SUBJETIVO

5. VINCULADO A LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

6. ASPECTOS TRANSVERSALES

II. PLAN DE COMPRA PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

1. OBJETIVOS

2. ÁMBITO SUBJETIVO.

3. METODOLOGIA, PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y ESTRUCTURA DEL PLAN

3.1. METODOLOGIA Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN.

3.2. ESTRUCTURA

4. FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL

4.1. LA ECONOMÍA SOCIAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN.

4.1.a) Informe del contrato de investigación “Bases para la elaboración de una estrategia del fomento de la contratación pública con entidades de economía social en Aragón”.

4.1.b) Aportaciones de las entidades sociales en el ámbito del proceso participativo desarrollado.

4.1.c) Aportaciones de los departamentos y entidades del Gobierno de Aragón en el ámbito del proceso participativo desarrollado.

4.1.d) Aportaciones al Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad de Aragón

4.2. RESERVA DE CONTRATOS

OBJETIVO 1: INCREMENTAR EL VOLUMEN DE CONTRATOS RESERVADOS (FES.1)

Mejora del marco normativo concretando la fórmula de cálculo del porcentaje de reserva obligatorio (A.1.1)

Mejora del conocimiento de los gestores y órganos de contratación sobre las entidades sociales y la reserva de contratos (A.1.2)

Determinar las obligaciones de planificación, seguimiento y publicación de resultados (A.1.3)

Desarrollar la reserva de la Disposición Adicional 48 LCSP (A.1.4)

i) Apoyar la creación de empresas sociales que amplíen la oferta de servicios y generen empleo para mujeres.

Permitir la subcontratación en contratos reservados a favor de empresas convencionales con limitaciones (A.1.5)

Establecer canales de publicidad específicos para la licitación de contratos reservados (A.1.6)

CONTROL DEL CUMPLIMIENTO

C.1 INCREMENTO DE LA PREVISIÓN ANUAL DE CONTRATOS RESERVADOS

C.2 INCREMENTO DEL IMPORTE ANUAL DE CONTRATOS EFECTIVAMENTE RESERVADOS

C.3 IMPORTE DE CONTRATOS RESERVADOS EN APLICACION DE LA DA 48 LCSP

OBJETIVO 2: FACILITAR A LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL COMPETIR EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (FES.2).

Ofrecer formación a las entidades sobre la preparación y presentación de ofertas (A.2.1)

FOMENTAR QUE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL SE INSCRIBAN EN EL REGISTRO DE LICITADORES (A.2.2).

Favorecer la asociación entre las entidades de economía social y las empresas convencionales para participar conjuntamente en la contratación pública (A.2.4).

CONTROL DEL CUMPLIMIENTO

C.1 Importe de contratos no reservados adjudicados a entidades de economía social

C.2 Importe de contratos licitados en los que las entidades sociales han participado en UTE con empresas

C.3 Importe de contratos no reservados en los que ha habido subcontratación a favor de entidades de economía social

5. OTROS OBJETIVOS SOCIALES

5.1 ACCESIBILIDAD (OS.1)

Inclusión de cláusulas adecuadas en los contratos que garanticen la mejor accesibilidad de las obras, suministros, y servicios contratados (A.1.1)

Facilitar información para la gestión de eventos accesibles a los órganos del Gobierno de Aragón (A.1.2)

5.2. INSERCIÓN LABORAL (OS.2)

Fijar por los órganos especializados los objetivos específicos para mejorar la inserción laboral de mujeres y jóvenes y, junto con la DGCPYO, elaborar una directriz de cláusulas a incluir en los contratos (A.2.1)

5.3. IGUALDAD DE GÉNERO (OS.3)

Fijar por los órganos especializados los objetivos específicos en materia de igualdad y, junto con la DGCPYO, elaborar una directriz de cláusulas a incluir en los contratos (A.3.1)

5.4. GARANTÍA Y MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES (OS.4)

5.4.1 REDUCIR LA SINIESTRALIDAD [sic] LABORAL (OS.4.1)

Fijar por los órganos especializados los objetivos específicos para reducir la siniestralidad laboral y, junto con la DGCPYO, elaborar una directriz de cláusulas a incluir en los contratos (A.4.1.1)

5.4.2 GARANTIZAR LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES POR PARTE DE LAS EMPRESAS ADJUDICATARIAS (OS.4.2)

Establecer un plan de auditorías sobre la observancia de los derechos sociales y laborales por parte de las empresas adjudicatarias (A.4.2.1)

Garantizar la Indemnidad de las condiciones laborales del artículo 37 LUECP (A.4.2.2)

5.5 COMPRA PÚBLICA ÉTICA (OS.5)

Fijar por los órganos especializados los objetivos específicos para reducir la siniestralidad laboral y, junto con la DGCPYO, elaborar una directriz de cláusulas a incluir en los contratos (A.5.1.)

5.6. DIRECTRICES DE COMPRA PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

5.7. ASPECTOS TRANSVERSALES

5.7.1. DESARROLLO TERRITORIAL

5.7.2 APOYO A LAS PYMES

6. VIGENCIA DEL PLAN

7. IMPLEMENTACIÓN, SEGUIMIENTO Y CONTROL

8. DIFUSIÓN

9. COSTE ECONÓMICO DEL PLAN

Como pone de manifiesto el sumario transcrito, se trata de un documento extenso, que abarca muy diversos aspectos de la compra pública social y sobre el que en el presente informe nos limitaremos a realizar consideraciones puntuales.

III.- Consideraciones generales: oportunidad de instrumentos que faciliten la incorporación de una dimensión social a la contratación pública.

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 infrutilizadas”. Es significativo que la primera de las

iniciativas que recoge esta Comunicación sea “Garantizar una mayor aceptación de la contratación 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 públicas. Por consiguiente, el documento objeto de informe debe recibir en cuanto a sus objetivos de avanzar hacia una dimensión estratégica de la contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y su sector público una valoración muy favorable.

En cuanto a sus objetivos, el borrador del Plan de Compra Pública Socialmente Responsable señala la preocupación expresada por el legislador europeo en 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, por incorporar a la contratación pública perspectivas que vayan más allá del mero aprovisionamiento, intención claramente acogida 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y materializada, entre otros muchos preceptos, en el artículo 1.3, en el que se establece el carácter preceptivo de cláusulas sociales y ambientales. Por su parte, el legislador aragonés ha incorporado esta dimensión de la contratación a la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (LUECP).

En el borrador se declara expresamente que se trata de un primer paso en la elaboración de un futuro Plan de Compra Pública Estratégica del Gobierno de Aragón, que incorporará junto con los objetivos de carácter social, otros de los ámbitos medioambiental o de innovación, además de incorporar como valores transversales el desarrollo territorial y el apoyo a las PYMES y a la economía social. Para ello se busca establecer una estrategia que determine, primero, «los objetivos sociales, medioambientales o de innovación que se quieren apoyar» y, segundo, cuales son las cláusulas contractuales adecuadas a tales fines.

El efecto perseguido sólo puede conseguirse mediante un esfuerzo coherente y sostenido. Como se expresa en el documento sometido a informe, «una cláusula adecuada que se repite de forma homogénea en todos los contratos de una misma categoría, aunque sean de cuantías poco importantes, puede tener un impacto significativo». Efectivamente, el efecto estratégico no se puede conseguir a través de un único contrato, por relevante que sea, sino a través de un esfuerzo coherente que vertebre toda la contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y su sector público.

Los términos contratación estratégica, responsable o sostenible se usan como sinónimos: en todos los casos se alude a la utilización de la adjudicación de contratos públicos como un medio de consecución de objetivos no económicos, de carácter social y medioambiental principalmente. Con la inclusión de cláusulas de carácter social (o ambiental) se pretende de forma directa conseguir una ejecución del contrato acorde con esos fines, pero también –y con unas consecuencias más significativas– impulsar indirectamente a través del mercado un cambio en las prácticas empresariales, incluso incentivar nuevos mercados para satisfacer la demanda generada. Es decir, la utilización de la contratación como un instrumento de regulación económica que coadyuve en la ejecución de determinadas políticas públicas.

En el caso de las cláusulas sociales, su implementación por la Administración pública competente en materia de acción social no sólo coadyuva al logro de esos fines, sino que correctamente implementada puede incluso aumentar la eficiencia en el manejo de fondos públicos, puesto que de tener éxito puede reducir la demanda de medidas tradicionales de ayuda al mejorar las condiciones de trabajo y la empleabilidad e inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo.

La dimensión estratégica de la contratación pública consiste cabalmente en utilizar el poder de compra de las Administraciones públicas como instrumento regulatorio, que facilite el funcionamiento adecuado de mercados en los que la Administración tienen un fuerte peso y orientar las prácticas privadas de los operadores económicos en el sentido de incorporar características y condiciones favorables desde las perspectivas social, ambiental o de innovación. Ese efecto multiplicador sólo puede conseguirse mediante la incorporación de criterios y

cláusulas transversales a toda la contratación pública, mientras que en el documento sometido a consulta parece darse prioridad a otros instrumentos, como la reserva de contratos con la finalidad de favorecer la integración laboral de personas con dificultades objetivas para ello y, especialmente, el apoyo a cooperativas y otras empresas de economía social que, necesariamente, tienen un alcance menor. Por otra parte, si bien se señala que los catálogos de cláusulas sociales son esfuerzos bienintencionados pero insuficientes, se difiere para un momento posterior a la aprobación del plan la determinación de qué cláusulas concretas deberán ser incorporadas a los contratos públicos.

IV. Las cláusulas sociales en la contratación pública: preferencia por las condiciones de ejecución y vinculación al objeto del contrato.

La introducción de cláusulas sociales fue admitida expresamente en la comunicación de la Comisión Europea «La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos» (COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001). Posteriormente, la posibilidad de incorporar cláusulas sociales fue incorporada a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, en las que se permitía su uso como criterios de selección cualitativa, especificaciones técnicas, variantes, condiciones de ejecución del contrato y criterios de adjudicación. En la misma línea, la Comisión aprobó el documento «Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas» (SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010) y la Resolución de la Comisión Europea sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (DOUE C 161E, de 31 de mayo de 2011).

En el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE se prevé que los Estados miembros adopten medidas que garanticen que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el ámbito de la Unión Europea, en el derecho nacional o en los convenios colectivos. Además, en el artículo 56.1 se establece que podrá no adjudicarse el contrato a la oferta económicamente más ventajosa cuando la oferta incumpla las exigencias del artículo 18.2. La Directiva habilita la introducción de prohibiciones de contratar

en relación con criterios sociales, como sería el caso de no estar un licitador al corriente de los pagos tributarios o a la seguridad social (art. 57). En el artículo 67.3, la Directiva establece que los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato público y de forma similar en el artículo 70 se admite expresamente que las condiciones de ejecución pueden incluir exigencias sociales, medioambientales, laborales o de innovación, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato.

En lo relativo a las cláusulas sociales, las que se pueden observar en el conjunto de la Unión Europea son bastante diversas, pudiendo destacarse las dirigidas a la evitación del dumping social, la promoción de las pymes, la integración de personas en situación de discapacidad, la garantía de los derechos humanos o las relativas a situaciones laborales adecuadas, entre otras (*Strategic Use of Public Procurement in Europe. Final Report to the European Commission*, MARKT/2010/02/C, p. 8).

Las cláusulas sociales en la contratación pública se presentan en distintas modalidades, incluso definiendo el propio objeto del contrato en función de una finalidad social o mediante reservas de contratos para empresas que contraten a trabajadores de colectivos desfavorecidos [Comisión Europea: Buying social. A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement, SEC (2010) 1258, p. 24]. No obstante, caben otros muchos mecanismos: prohibiciones de contratar, especificaciones técnicas de la prestación, exigencias de solvencia para participar en la licitación, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución del contrato.

El mecanismo menos conflictivo para incorporar criterios sociales a la contratación pública es la determinación de condiciones especiales de ejecución de los contratos, de acuerdo con lo recomendado por la Comisión Nacional de la Competencia en su «*Guía sobre contratación pública y competencia*» (p. 20). De acuerdo con la CNE, cuando se imponen al contratista condiciones como la garantía de la continuidad de las relaciones laborales, es preferible configurarlas como condiciones de ejecución que como criterios de adjudicación. La razón es que con la previsión de condiciones especiales de ejecución no se excluye a ningún licitador, sino que se les permite adaptar su forma de actuación habitual a lo requerido para la ejecución de la concreta prestación, por lo que la distorsión

de la competencia es mínima. La relativa simplicidad de las condiciones especiales de ejecución –que, no obstante, obligan a la Administración contratante a un seguimiento específico– hace que sea el mecanismo más utilizado en la práctica. Por otra parte, si una determinada condición se mantiene constante y extendida en la contratación pública, cabe esperar una adaptación de los contratistas, que la incorporan a su funcionamiento general para evitar distorsiones en su organización interna, consiguiéndose un efecto multiplicador.

Por el contrario, la utilización de cláusulas sociales como criterios de selección como criterios de adjudicación es un mecanismo más controvertido, por afectarse a la competencia, lo que no sólo afecta al funcionamiento del mercado en general, sino que disminuye las posibilidades de la Administración contratante de conseguir de forma eficiente materializar el objeto del contrato.

La jurisprudencia europea partió de posiciones restrictivas de las cláusulas sociales: en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Beentjes, C-31/87), el Tribunal de Justicia examinó la posibilidad de exigir que el contratista empleara a trabajadores en situación de desempleo de larga duración y declaró que solo excepcionalmente cabe introducir criterios que no se dirijan directamente a determinar la oferta económicamente más ventajosa. No obstante, el Tribunal de Justicia admitiría más adelante la introducción de criterios de adjudicación vinculados a la lucha contra el desempleo (STJUE de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia, C-225/98). El gran paso adelante en la admisión de cláusulas no económicas, aunque no se tratara de una cláusula social, sino ambiental, se produjo con la Sentencia Concordia (STJUE de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99), mediante una fórmula muy conocida: «no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta».

No obstante, el Tribunal de Justicia ha establecido una serie de cautelas que será preciso tener en cuenta en todo caso.

La prohibición de discriminación es una exigencia fundamental, en especial en lo relativo a los criterios de adjudicación. No es posible establecer criterios o condiciones que resulten discriminatorias de forma directa o indirecta. En este sentido, un criterio sería discriminatorio si se comprobara que a los licitadores

nacionales les resulta mucho más fácil su cumplimiento que a los licitadores procedentes de otros Estados miembros.

Por otra parte, la jurisprudencia exige que los criterios no económicos, como los de carácter social, tengan una publicidad adecuada. En este sentido, el Tribunal ha exigido que el criterio no económico se mencione en el anuncio de licitación del contrato (Sentencia Beentjes). En la jurisprudencia posterior se requiere que los criterios no económicos se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y, de resultar posible, se publiquen en orden decreciente de la importancia que se les atribuye (Sentencia Concordia).

Además, es necesaria la vinculación con el objeto del contrato. Este requisito se menciona expresamente por primera vez en la Sentencia Concordia y sigue siendo un elemento esencial, aunque sea posible una apreciación más o menos estricta de la existencia del vínculo.

La Comisión ha considerado fundamental el vínculo con el objeto del contrato [*Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, COM (2011) 15 final, pp. 43 y ss.]. En particular, las cláusulas sociales u otras cláusulas no económicas no pueden encubrir ayudas de Estado (cuando la cláusula social comporte un precio del contrato superior a los precios ordinarios de mercado), ni generar discriminaciones a favor de operadores económicos nacionales, que pueden tener mayor facilidad para cumplir las exigencias sociales, además de que para las pequeñas y medianas empresas resulta más difícil cumplir los requisitos que no ligados al objeto del contrato. Un razonamiento adicional es que podría dañarse la innovación si se compite con criterios de política empresarial, en vez de con base en los mejores servicios o productos.

En la Directiva 2014/24/UE se hace referencia al vínculo con el objeto del contrato en relación con las especificaciones técnicas [art. 42.1 y 3 a)]; con los criterios para etiquetas [considerando 75 y art. 43.1, a)]; con las variantes (art. 45.1); con los criterios de selección (art. 58.1); con los criterios de adjudicación (art. 67.2); y con las condiciones de ejecución (considerando 104; art. 70).

V.- Conveniencia de incorporar al plan en elaboración prestaciones que han venido articulándose a través de la llamada acción concertada.

Los principios esenciales de la contratación pública son la transparencia y la igualdad de trato. Por tanto, las previsiones de la legislación europea y nacional en favor de determinados operadores económicos, como pequeñas y medianas empresas, centros especiales de empleo o empresas de inversión han de ser consideradas mecanismos de «nivelación del terreno de juego», permitiendo una real igualdad de oportunidades, que incentive una competencia justa y permita a la Administración una real posibilidad de elección conforme a criterios no meramente económicos, sino de valor real de la prestación a adquirir. La contratación pública estratégica es una contratación que supera el precio como elemento único o preponderante de decisión, para tener en cuenta un conjunto de factores que convierten una prestación en la más idónea desde la perspectiva de los fines globales perseguidos por la Administración, por tanto, también elementos ambientales, sociales o de innovación, evitando la distorsión del mercado como elemento esencial para cubrir las necesidades públicas y privadas.

En el ámbito específico de las cláusulas sociales deben recordarse los diversos pronunciamientos del Parlamento Europeo, como la Resolución 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), en la que se pidió a la Comisión que revisase «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». O, incluso más significativa, la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de octubre de 2018 sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI), en la que se afirma: «no se está aprovechando plenamente el potencial de la contratación pública en lo que respecta a ayudar a construir una economía social de mercado competitiva». En consecuencia:

«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).

Tiene por tanto todo el sentido que la contratación pública tenga en cuenta la situación de dificultad objetiva de encontrar empleo de las personas con discapacidad y de las que puedan hallarse por cualquier causa en riesgo de exclusión social. Este es el contexto del Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE:

«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».

Por lo demás, esta previsión se mueve en la línea del Considerando 28 y del artículo 19 de la anterior Directiva 2004/18/CE, aunque en aquella Directiva la posibilidad de reserva estaba limitada a la integración laboral de personas con discapacidad.

En la transposición nacional de la Directiva 2014/24/UE, la disposición adicional cuarta de la LCSP contiene en buena medida una previsión continuista en cuanto a la reserva de contratos públicos a determinados operadores, que establece como obligatoria. Más innovadora es la previsión respecto a los lotes: en el art. 99.3 LCSP se establece que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de las distintas partes mediante división en lotes, debiendo motivarse adecuadamente de no hacerlo así. Se trata de una previsión con la que se trata de potenciar la contratación de pequeñas y medianas empresas; sin embargo, en el artículo 99.4 LCSP se establece de forma expresa la posibilidad de reservar alguno o algunos de estos lotes, remitiéndose a las dos modalidades de reserva previstas en la propia LCSP (disposiciones adicionales cuarta y cuadragésimo octava). También supuso una novedad la disposición adicional cuadragésimo octava, relativa a la «Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones», que establece una habilitación para reservar determinados contratos de servicios, relacionados en el anexo IV LCSP, limitando la duración máxima de los contratos reservados a tres años, además de prever como condición necesaria 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». Por lo demás, deberán cumplirse las condiciones de que el objetivo del adjudicatario sea la «realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios» concretos a adjudicar; que los eventuales beneficios «se reinviertan» en la consecución de ese objetivo o que su se realice «con arreglo a criterios de participación»; y, finalmente, que la dirección o propiedad del operador se apoyen 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». Lo que configura en su conjunto un supuesto de reserva, no sólo potestativo, sino más restrictivo que el contemplado en la disposición adicional cuarta.

La disposición adicional cuadragésimo octava viene a ser una transcripción no literal del artículo 77 de la Directiva (ésta se limita a habilitar al legislador nacional). En la práctica, se han planteado dudas en cuanto la delimitación de estos supuestos de la llamada acción concertada, regulada en la disposición adicional cuadragésimo novena de la LCSP, que no se materializa a través de contratos públicos. Hay que señalar que la jurisprudencia comunitaria ha sido considerablemente estricta con esta figura extracontractual.

Por Auto de 31 de marzo de 2023, ASADE II, asunto C-676/20 (ECLI:EU:C:2023:289), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El proceso principal era la impugnación directa, por la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE), de la normativa aragonesa reguladora de los acuerdos de acción concertada en materia de servicios sociales. La cuestión elevada por el Tribunal Superior de Justicia fue sobre la compatibilidad de la regulación aragonesa con la normativa europea de contratos públicos, fundamentalmente con la Directiva UE/2014/24.

El Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre un asunto similar, a propósito de la impugnación por ASADE de la normativa valenciana reguladora de las acciones concertadas (STJUE de 14 de julio de 2022, ASADE, C-436-20ECLI:EU:C:2022:559). La semejanza ha motivado que la segunda cuestión prejudicial se articule a través de auto, no sentencia.

La doctrina jurisprudencial de ASADE y ASADE II atrae al concepto de contrato público instrumentos de prestación de servicios sociales para los que las normativas autonómicas tendían a excluir la aplicación de la legislación de contratos públicos. Las distintas comunidades autónomas, entre ellas Aragón, habrán de depurar los instrumentos no contractuales, en términos mucho más rigurosos, o recurrir a técnicas contractuales, entre las que se encuentran las reservas de las disposiciones adicionales cuarta y cuadragésimo octava de la LCSP.

La acción concertada ha venido siendo aplicada con una considerable flexibilidad, sometiendo estos instrumentos exclusivamente a la normativa de servicios sociales, no a la legislación sobre contratos públicos. En lo relativo a la selección de sujetos concertados, esto permitía un procedimiento mucho más flexible. Además, para la acción concertada se establecía reserva o preferencia a favor de entidades del tercer sector respecto a operadores económicos con ánimo de lucro, seleccionadas en ocasiones con criterios que difícilmente serían admisibles en el ámbito de la contratación pública, como la experiencia o el arraigo territorial. Por otra parte, la contraprestación se limitaba al reembolso de los gastos, sin beneficio industrial.

La base para esa conceptualización de los conciertos estaba en dos sentencias europeas sobre casos italianos, sobre transporte sanitario de emergencia (Sentencia de 11 de diciembre de 2014, C-113/13, Spezzino, ECLI:EU:C:2014:2440) y de enfermos de diálisis (Sentencia de 28 de enero de 2016, C-50/14, CASTA, ECLI:EU:C:2016:56). Aunque el Tribunal consideró que ambos supuestos eran subsumibles en el concepto de contrato público, concluyó que la adjudicación directa a organizaciones de voluntariado era posible al responder a principios de solidaridad y eficiencia presupuestaria, junto con su limitada dimensión transfronteriza. En todo caso, no puede establecerse una equivalencia entre voluntariado y entidad sin ánimo de lucro cuando ésta presta sus servicios por medio de personal asalariado: el voluntariado excluye no sólo el beneficio económico, sino la existencia misma de una relación laboral o patrimonial entre el voluntario y la organización.

El Tribunal de Justicia ha declarado que el concierto regulado en la normativa valenciana y aragonesa de servicios sociales tiene los rasgos esenciales del concepto europeo de contratos, especialmente en lo relativo a la selectividad del operador económico, y por consiguiente se aplicará la Directiva UE/2014/24 cuando se supere el umbral, aunque en este caso sea de 750 mil euros, superior ordinario.

La Directiva UE/2014/24 permite y la disposición adicional cuadragésimo octava de la LCSP habilita un régimen simplificado para los contratos para la prestación de ciertos servicios sociales y específicamente la reserva a entidades sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos. Sin embargo, tanto la sentencia ASADE

como el auto ASADE II declaran que la normativa sometida al TJUE no lo hace. No obstante, el TJUE ha declarado que la reserva a entidades sin ánimo de lucro es posible con determinados requisitos, en especial el respeto a los principios de transparencia, publicidad y competencia, siempre que el régimen aplicable contribuya a los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria.

El Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el Dictamen 86/2024, de 3 de junio, a propósito del desarrollo reglamentario de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. La Sentencia de 14 de julio de 2022, ASADE, motivó la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo mediante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 339/2023, de 29 de junio de 2023 (recurso núm. 170/2018, ES:TSJCV:2023:3783). En cuanto a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el marco del recurso indirecto contra el Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro, respondida mediante Auto de 31 de marzo de 2023 (ASADE II), determinó asimismo la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 65/2024 de 12 de febrero de 2024 (ES:TSJAR:2024:170). Con base en ambas sentencias nacionales y en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión, el Consejo Consultivo señala a propósito de la naturaleza de los conciertos sociales y sanitarios de la normativa aragonesa:

«54 Pues bien, esa cuestión hemos de considerarla resuelta por el TJUE en su sentencia de 14/07/2022, donde, aplicando y aclarando la propia jurisprudencia en la materia, se recuerda que el concepto de contrato público es un concepto del Derecho de la Unión, por lo que la calificación otorgada en el Derecho español a los acuerdos de acción concertada «carece de pertinencia» (apartado 55). Específicamente se indica que la calificación de tales acuerdos, en la legislación autonómica controvertida, como «instrumentos organizativos de naturaleza no contractual», no basta para excluirlos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 (apartado

56). El TJUE delimita el alcance de los servicios objeto del contrato, que son «actividades de carácter económico», susceptibles de ser ejercidas por una entidad sin ánimo de lucro, siempre que los servicios se presten a cambio de una retribución (apartado 62). El carácter oneroso del contrato no queda excluido por «el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio» (apartado 67). Todo lo cual lleva a considerar que la normativa controvertida en el litigio «parece regular, al menos parcialmente, la adjudicación de contratos públicos sujetos a la Directiva 2014/24» (apartado 71).

55 A la vista de la anterior doctrina, para los tribunales españoles, no habrá duda de la genérica naturaleza contractual de los conciertos sometidos a su enjuiciamiento. En efecto, así se ha declarado en la STSJVal 339/2023 (fundamento 11º) y en la STSJAr 65/2024, donde se constata «el desplazamiento de la regulación autonómica que concibe la acción concertada como un tertium genus en la gestión de servicios» (fundamento 5º)».

Más adelante señala el Consejo Consultivo:

«60 Parece necesario proceder a la revisión de la Ley 11/2016 asumiendo los postulados de la Directiva 2014/24 y de la LCSP 9/2017. La reforma habría de establecer criterios claros de distinción de las diferentes figuras que pueden emplearse para la prestación de servicios sociales a las personas.

61 Las fórmulas no contractuales podrían ampararse en las previsiones del art. 11.6 LCSP, que incluye explícitamente como tales «la simple financiación» de los servicios y la «concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas»; instrumentos que pueden ser desarrollados por las comunidades autónomas conforme a lo previsto en la disposición adicional 49ª LCSP.

62 En todo caso, los contratos de servicios sociales enumerados en el anexo XIV de la Directiva 2014/24 habrán de ajustarse a las previsiones

de los arts. 74 a 77 de la Directiva. Como hemos visto, en el art. 77 se permite la reserva de algunos de estos contratos a las organizaciones que cumplan determinados requisitos, tal y como se recoge en la disposición adicional 48ª LCSP».

Puede recordarse que el artículo 11.6 LCSP se está haciendo eco del considerando 114 de la Directiva de contratación pública, que excluye su aplicación cuando se adopten formas de organización que consistan en «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 «simple financiación» de la actividad social se articulará normalmente a través de subvenciones, mientras que la autorización de «todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas» encaja con los denominados contratos «open house», considerados compatibles con el Derecho de la Unión por sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de junio de 2016 (Dr. Falk Pharma, C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399) y la STJUE de 1 de marzo de 2018 (Maria Tirkkonen, C-9/17, ECLI:EU:C:2018:142). A falta de una normativa aragonesa que regule los conciertos sociales como forma alternativa a la contractual de prestación indirecta de servicios sociales o sanitarios, parece lógico que esa prestación habrá de hacerse por vía contractual en la mayor parte de los casos. Desde esta perspectiva, parecería lógico que se contemplaran específicamente en el Plan cuyo proyecto es objeto de informe.

VI.- Contratos reservados.

En la LCSP se establece una reserva obligatoria de determinados contratos públicos y se habilita la posibilidad de reservar otros, una y otra reserva con objetos y finalidades distintas.

En la disposición adicional cuarta de la LCSP se establece una reserva obligatoria relativa a los contratos de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI, en favor de *Centros Especiales de Empleo de iniciativa social* y de *empresas de inserción*, entidades

específicamente reguladas en el artículo 43 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 el artículo 5 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, condicionada a que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 7 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón ya exigía que los entes del sector público autonómico reserven parte de su actividad contractual a empresas de inserción y a centros especiales de empleo, siendo las leyes anuales de presupuestos de la CA las que deben fijar el porcentaje mínimo que deben alcanzar estas reservas sociales. La Ley 3/2011, de 24 de febrero, fue derogada en 2023, pero la vigente Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, mantiene previsiones similares (arts. 43 y 44). Los últimos presupuestos anuales han venido estableciendo ese porcentaje en el 3 por ciento.

De acuerdo con la Cámara de Cuentas, en el «Informe de fiscalización. Contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, ejercicio 2022», p. 25: «El porcentaje se aplica sobre el volumen de contratación de suministros y servicios precisos para el funcionamiento ordinario de los entes sobre la base del último ejercicio cerrado». Esa apreciación coincide con el tenor literal del artículo 44.2 de la vigente Ley 11/2023:

«El porcentaje se calculará tomando como base el importe total anual de la contratación de suministros y servicios ligada al funcionamiento ordinario realizado en el último ejercicio cerrado».

Por tanto, ha de entenderse que la referencia se hace a los precios de adjudicación de los contratos, asignando ese precio por anualidades en el caso de contratos cuyo plazo de vigencia sea plurianual o interanual. Del artículo 44.1, la referencia es la contratación pública referente al total del presupuesto ejecutado en el último ejercicio cerrado, salvo que se haga uso de la habilitación contenida en el artículo 44.1 in fine:

«La ley de presupuestos también podrá concretar, en función del volumen de negocio, el área, el tipo de contratos y el sector específico de aplicación, teniendo en cuenta las actividades que desarrollen este tipo de centros o empresas».

La propia Cámara de Cuentas utiliza para el cálculo la totalidad de los contratos de suministros y servicios adjudicados en el ejercicio presupuestario, método que le lleva a calcular el volumen presupuestario que habría debido dedicarse a contratos reservados en 2022 en 12,38 millones de euros. Sin embargo, el importe adjudicado de contratos reservados en ese ejercicio fue de 1,99 millones de euros, según los datos que la Cámara de Cuentas extrae del Portal de Transparencia, lo que arroja un porcentaje del 0,48 por ciento, bastante alejado de la cifra legalmente establecida.

De acuerdo con la Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por la 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, la Dirección General de Contratación debe planificar estas reservas sociales de contratos públicos recabando la información oportuna de todos los poderes adjudicadores del sector público autonómico, como recuerda la Cámara de Cuentas en el informe citado. Parece lógico entender que esa planificación deberá hacerse con apoyo en el presupuesto base de licitación, puesto que es imposible saber con carácter previo cual va a ser el precio de adjudicación de los contratos. En todo caso, también de acuerdo con la Cámara de Cuentas, los porcentajes previstos en la Orden HAP de 14 de febrero de 2022 sólo suponía el 1,12 millones de euros, cantidad bastante alejada de la cifra de referencia. De acuerdo con la Cámara de Cuentas:

«Las reservas planificadas en la orden del Consejero de Hacienda y Administración Pública de 14 de febrero de 2022 identifican un total de 62 contratos a adjudicar por parte de diecisiete órganos gestores. Ocho de estos 62 contratos no tienen importe asignado y los 54 restantes suman 1,12 millones, cifra diez veces inferior a los 12,38 millones que permitirían cumplir el objetivo señalado del 3%.

Se desconoce por qué en la planificación de estas reservas no se incluyen contratos de servicios y suministros de poderes adjudicadores relevantes, como varios departamentos de la Administración CA (Presidencia y Relaciones Institucionales, Sanidad o Educación Cultura y Deporte o Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda), el SALUD o el Instituto Aragonés del Agua».

En todo caso, la cifra del 3 por ciento (u otra que pueda fijarse en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma) es un objetivo cuya no consecución no parece que deba tener consecuencias jurídicas. Recuérdese al respecto lo establecido en el artículo 45 de la Ley 11/2023:

«Cuando en un procedimiento de adjudicación se haya limitado la participación de acuerdo con las reglas de los contratos reservados y no se haya presentado ninguna oferta o candidatura o éstas no resulten adecuadas, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista. Siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato, el importe de la nueva licitación no computará a efectos de verificar el cumplimiento del porcentaje que se establezca».

Aparte de que del tenor literal del precepto sea bastante difícil discernir la finalidad de la norma en una primera lectura, debido a un claro problema de técnica legislativa, su previsión es clara una vez analizado el tener literal: de deber repetirse la licitación eliminando la reserva para poder conseguir el servicio o suministro necesarios, el importe de la nueva licitación no computa a efectos del cumplimiento del porcentaje de reserva, incluso si en la nueva licitación se hace sin modificar «sustancialmente las condiciones originales del contrato».

Por otra parte, en la disposición adicional cuadragésimo octava se establece una reserva *voluntaria*, relativa a los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV, limitado a determinados códigos de identificación conforme al Vocabulario Común de Contratación Pública o *Common Procurement Vocabulary* (CPV). La duración de estos contratos no podrá exceder de tres años y no podrán adjudicarse a organizaciones a los que se haya adjudicado un contrato reservado en los tres años anteriores. Por lo demás, deberán ser entidades con misión de servicio público ligada al concreto

servicio, los beneficios deberán ser reinvertidos o distribuidos con arreglo a criterios de participación y deberán estar basadas en la propiedad de los empleados, en principios de participación o en la participación de empleados, usuarios y partes interesadas. Son, además, requisitos de aplicación estricta.

En todo caso, ni las reservas obligatorias de la disposición adicional cuarta, pero tampoco las reservas voluntarias de la disposición adicional cuadragésimo octava están establecidas genéricamente a favor de «empresas del tercer sector», sino que en el primer caso deben pertenecer a tipos específicos de entidades tipificados legalmente y en el segundo deben cumplir unos requisitos estrictos, entre ellos destacadamente una «misión de servicio público».

En cuanto a las reservas obligatorias, el artículo 20 de la Directiva 2014/24 permite el establecimiento de reservas en la contratación pública en favor de «talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas» con la condición de que «al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos». El legislador español optó por concretar esa habilitación estableciendo un cupo de reservas a favor de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y las empresas de inserción. En este sentido, mediante la disposición final decimocuarta de la LCSP se añadió un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre:

«4. 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.»

De acuerdo con el informe de esta Junta Consultiva 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».

Señalábamos en el mismo informe:

«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».

En el documento objeto de informe se señala como objetivo (pág. 32):

«Favorecer la asociación entre las entidades de economía social y las empresas convencionales para participar conjuntamente en la contratación pública (A.2.4).

Favorecer que las entidades de economía social participen junto con las empresas convencionales en la contratación pública puede abrir a las primeras canales de negocio que ayuden a su crecimiento, así como permitirles disponer de experiencia para participar posteriormente en licitaciones de forma independiente.

Esta asociación entre empresas sociales y convencionales puede realizarse en la fase de licitación, configurando uniones temporales de empresas, o en fase de ejecución mediante la subcontratación».

Esas uniones en todo caso deberían dirigirse a la contratación no reservada. La reserva de la disposición adicional cuarta de la LCSP podría entenderse aplicable a Uniones Temporales de Empresas siempre que el carácter de Centro Especial de Empleo de iniciativa social o empresa de inserción concorra en todos sus integrantes, por cuanto se trata de una condición legal de aptitud. El mismo argumento puede aplicarse a las reservas de la disposición adicional cuadragésimo octava LCSP: todas las empresas de la Unión Temporal deberán cumplir los requisitos estrictos que permiten acceder a la contratación reservada. En este sentido nos pronunciamos, con una regulación muy similar a la actual, en el Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados. Recordábamos en aquel informe:

«Esta ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión, y no a la misma».

Por consiguiente, se establecía la siguiente conclusión:

«En consecuencia, el carácter de Centro Especial de Empleo o de Empresa de Inserción, que se exige en el artículo 7 de la Ley 3/2011 para ser contratista en un contrato reservado, —con las condiciones y requisitos exigidos en la regulación sectorial señalada— debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una UTE, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud, en el sentido de título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 LCSP. Esta conclusión es además coherente con la excepcionalidad de la reserva social de contratos, fundada en el interés colectivo o fin público que satisface, única

y exclusiva razón que la legitima y fundamenta y, como tal, debe interpretarse de forma restrictiva, como se señalaba en nuestro informe 16/2010, de 1 de diciembre».

Por otra parte, las dos disposiciones adicionales de la LCSP relativas a reservas las limitan de forma expresa a determinados contratos: en la disposición adicional cuarta a «suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI» y en la disposición adicional cuadragésimo octava a «contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV», con los correspondientes códigos de referencia.

Por tanto, las reservas son únicamente posibles para esos contratos, debiendo entenderse excluidos todos los contratos cuyos códigos no estén expresamente recogidos en esas disposiciones. En este sentido el Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 62/2017, de 11 de mayo de 2017 que ante la reserva aplicada a un contrato de obras declaró (FJ 4):

«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».

Por lo demás, como señalamos en nuestro citado informe 19/2018, la reserva contemplada en la disposición adicional cuarta LCSP es directamente aplicable sin necesidad de acuerdo específico habilitante, aparte de que la posibilidad de reserva de lotes del artículo 99.4 LCSP desborda la disposición adicional cuarta «tanto objetiva como subjetivamente». No obstante, en el también citado Acuerdo 62/2017 del TACPA se precisa 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 ser contraria a los fundamentos del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE. Puede concluirse que en tales casos estamos ante un fraude de Ley.

En todo caso, la aplicación de la reserva no dispensa del seguimiento del procedimiento de licitación que resulte aplicable, además de comprobarse las condiciones de solvencia técnica y económica adecuadas al objeto del contrato,

como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en resoluciones 860/2018, de 1 de octubre de 2018 y 914/2018, de 11 de octubre de 2018 (disposición adicional cuarta LCSP) y 688/2019, de 20 de junio de 2019 (disposición adicional cuadragésimo octava).

VII. Subcontratación, especialmente en contratos reservados

Al respecto se señala en el borrador de Plan de Compra Socialmente Responsable (pp. 29-30):

«Permitir la subcontratación en contratos reservados a favor de empresas convencionales con limitaciones (A.1.5)

Como puso de relieve la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) en su «Guía de compra pública responsable y del fomento de la economía social» para facilitar el acceso de las entidades de economía social a los contratos públicos y a la vez evitar prácticas fraudulentas, se debe permitir la subcontratación entre entidades de la misma naturaleza jurídica que la permitida por la reserva, y con un determinado límite, la subcontratación con empresas tradicionales que por necesidades de especialización deban cubrir determinadas prestaciones.

Para ello, la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización solicitará de la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón un pronunciamiento basado en estos parámetros:

- No existirá ningún límite a la subcontratación, cuando las empresas subcontratistas también sean Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción.
- Se limitará la subcontratación a un máximo del 20% del precio de adjudicación con empresas que no sean Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción»

Ciertamente, el Derecho de la Unión no admite límites cuantitativos a la subcontratación, al entender que se vulneraría con ello la libre competencia

(Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2019, Vitali, C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787). No obstante, una subcontratación de la totalidad de la prestación es equivalente a una cesión del contrato y se presta al fraude de Ley.

Esta Junta consultiva se ha pronunciado en otras ocasiones en favor de la libertad del órgano de contratación para adaptar a las circunstancias concretas del contrato cuestiones como la subcontratación admisible y su limitación, cuantitativa o cualitativa. Respecto a la subcontratación en contratos reservados, decíamos en nuestro Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre cuestiones derivadas de la participación de los Centros Especiales de Empleo en los contratos reservados:

«Las consideraciones reproducidas son perfectamente aplicables a las cuestiones que ahora se consultan, pues los contratos reservados están sometidos a las reglas generales de la subcontratación que se acaban de transcribir, sin especialidades legales [...].

Sin embargo, resulta necesario que en los contratos reservados el órgano de contratación extreme las cautelas en relación con la subcontratación, con el fin de no alterar la finalidad de esta figura y evitar una contravención del principio de concurrencia.

Por supuesto, 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. Así, a título de ejemplo, tendría sentido prohibir la subcontratación en un contrato reservado cuyo objeto sea la limpieza de un edificio, o el mantenimiento de una jardinería, y resultaría adecuado permitir la subcontratación de alguna prestación (v gr. recogida, transporte

y entrega de la documentación a digitalizar) en un contrato reservado cuyo objeto fuera la digitalización de unos expedientes administrativos. 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».

Por otra parte, puede recordarse que LCSP no permite establecer la subcontratación obligatoria con Centros especiales de Empleo o Empresas de Inserción, pero sí es admisible establecer como condición especial de ejecución de carácter social una amplia variedad de requerimientos específicos, que el contratista puede cumplir directamente en la ejecución o hacerlo recurriendo libremente a la subcontratación, como se argumenta en la Resolución 287/2021, de 25 de junio de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

No es jurídicamente posible establecer la subcontratación obligatoria, puesto que el artículo 215 LCSP establece que la subcontratación es potestativa para el contratista, los subcontratos tienen naturaleza privada, y los subcontratistas quedan obligados exclusivamente ante el contratista que es el único responsable de la ejecución del contrato frente a la Administración, pero es admisible el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de carácter social. De acuerdo con el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

«conforme a lo dispuesto en el artículo 122.2 de la LCSP, el PCAP incluirá consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución en los términos previstos en el artículo 202 de la LCSP, entre las que expresamente recoge las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, para entre otras, 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, la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro..., siendo todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo, para el caso de que el contratista voluntariamente opte por subcontratarlas.

[...] conviene precisar en relación a las manifestaciones efectuadas por la recurrente relativas a que la D.A. 4a de la LCSP al regular los contratos reservados solo prevé la reserva de la totalidad del contrato o de lotes de determinados contratos, que también posibilita la reserva de un porcentaje mínimo de la ejecución de estos contratos, lo que podría articularse como hemos comentado con anterioridad mediante el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de carácter social, que podrían prestarse directamente por el contratista o bien concertando voluntariamente con terceros su realización».

No obstante, en este caso ya no estamos ante contratos reservados, sino ante contratos ordinarios en los cuales se introducen cláusulas sociales, como una expresión de la orientación del conjunto de la contratación pública hacia fines generales de tipo social, ambiental o ambos.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también ha considerado un caso en que los pliegos contenían una condición especial de ejecución consistente en la subcontratación de determinadas prestaciones de un contrato de servicios con Centros Especiales de Empleo sin ánimo de lucro, Centros de Inserción Socio laboral o empresas acogidas a programas de empleo protegido en la Resolución 695/2020, de 11 de junio de 2021. El Tribunal en su resolución, desestimatoria, se limita a interpretar flexiblemente la cláusula, admitiendo como válida la subcontratación con un Centro Especial de Empleo que no era de iniciativa social. Es cierto igualmente

que los pliegos no habían sido impugnados, por lo que el tribunal se limita a interpretar la cláusula controvertida.

VIII. Empresas de economía social.

En la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, se establece como objetivo de la contratación pública la contribución a la «creación de un tejido empresarial sólido y responsable, con especial atención a la pequeña y mediana empresa, a las empresas y entidades de la economía social y a las personas profesionales autónomas», como se señala en el preámbulo, III, reiterándolo el artículo 1, c). En el mismo sentido, entre los principios rectores de la contratación pública se establece el de «proporcionar entornos de contratación accesibles y abiertos para todos los operadores económicos, en especial las pequeñas y medianas empresas, las entidades y empresas de la economía social y los profesionales que integran el tejido económico de la Comunidad Autónoma» (art. 3.1, d), además de establecer que «se facilitará el acceso a la contratación pública de la pequeña y mediana empresa, de las personas profesionales autónomas, de las empresas de economía social y, en particular, de los centros especiales de empleo y empresas de inserción» (art. 3.3). Respecto a los contratos menores, se establece en el artículo 77.3 que «procurarán ajustarse a los principios de la compra estratégica, especialmente a la contratación ambiental, socialmente responsable, y fomentar la contratación con pymes, entidades y empresas de la economía social, personas profesionales autónomas, centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción, atendiendo a la relación global calidad-precio de la prestación ofertada». Al crearse en el artículo 101 el «Foro de contratación pública» se establece que «se procurará la participación de la pequeña y mediana empresa, de los agentes representativos de la economía social y de las personas profesionales autónomas». Coherentemente con todo ello, al regular el informe de supervisión de la contratación pública, uno de los aspectos específicos a examinar será la «participación de empresas de economía social, personas profesionales autónomas, centros especiales de empleo, empresas de inserción y pymes en los procedimientos de licitación».

Estas previsiones de legislación aragonesa están en línea con la LCSP, en la que también se prevé que «se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

Es decir, ni el legislador aragonés ni el nacional colocan la promoción de las empresas de economía social en un plano superior al apoyo a las pequeñas y medianas empresas. Antes, al contrario, a estas últimas se hacen numerosas referencias en solitario, añadiéndose en el caso de la legislación aragonesa a los profesionales autónomos. Por tanto, no parece que esté justificado dar un tratamiento específico a las empresas de economía social, que además presentan una gran diversidad en su tipología, desde grandes grupos industriales o entidades de crédito, a empresas medianas o pequeñas.

Se señala en el borrador de Plan (p. 31):

«Dado que las empresas de economía social, incluidos los centros especiales de empleo y las empresas de inserción, participan en los procesos de licitación abiertos como parte de su actividad empresarial, el hecho de facilitarles un apoyo para que esa participación sea satisfactoria es una manera de fomentar la economía social».

Como se ha señalado, no parece que fomento de la economía social deba tener un tratamiento preferente respecto al apoyo a las pequeñas y medianas empresas o a los profesionales autónomos. En este sentido, puede plantearse la existencia de mecanismos alternativos de perseguir objetivos estratégicos en el ámbito social. En otro plano, ajeno a lo jurídico, puede plantearse que el esfuerzo dedicado a la promoción de las empresas de economía social, notablemente cooperativas en sus diversas manifestaciones, no debe restar un ápice al esfuerzo para promover una aproximación más social de las empresas ordinarias y es en éste último campo donde el efecto multiplicador puede ser más efectivo.

Otra cosa es la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción, a la que ya se ha hecho referencia, que constituye un mandato legal, en cuyo cumplimiento debe buscarse la mayor efectividad. La asimilación de estos dos tipos específicos de empresa con las

empresas de economía social no parece correcta en general. Debe recordarse que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, economía social es el «conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos», siendo esos principios bastante amplios. En el artículo 5.1 de la misma Ley, sin ánimo exhaustivo, se declaran «parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior».

Por otra parte, como ya se ha señalado, el mismo esfuerzo que se pretende dedicar a la promoción de la competitividad en el acceso a la contratación entre las empresas de economía social, estaría justificado que se dedicara igualmente a las pequeñas y medianas empresas que forman la mayor parte del tejido productivo aragonés.

Debe recordarse que, entre los criterios de adjudicación de los contratos, en el art. 145 LCSP, entre los criterios cualitativos de carácter social (art. 145.2, 1º, párrafo tercero), se mencionan 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».

Como correctamente se señala en el borrador de Plan de 31 de marzo de 2025 objeto de informe: «Hay que remarcar que el planteamiento que realiza la LCSP en este artículo respecto a la subcontratación con Centros Especiales de Empleo como criterio de adjudicación se refiere a centros especiales de empleo en un sentido amplio, no se restringe exclusivamente a los de “Iniciativa social”» (p. 33). Por tanto, parece primarse el objetivo de la inserción laboral sobre el carácter de perteneciente al ámbito de la economía social de los adjudicatarios a través de los que se materialice.

III. CONCLUSIONES

1. La concepción estratégica de la contratación pública, consistente en utilizar el poder de compra de la Administración como instrumento regulatorio y mecanismo para impulsar políticas públicas, entre las que destacan las de carácter social, ambiental o de impulso a la innovación, está plenamente incorporada al Derecho europeo y español. Resulta coherente con el marco jurídico adelantar la parte de compra pública responsable como parte de un futuro plan estratégico de contratación pública del Gobierno de Aragón. La eficiencia en esas tareas depende de una orientación precisa y una priorización de los objetivos a alcanzar, así como de una determinación suficientemente concreta de los medios a alcanzar, en especial cláusulas sociales en la contratación ordinaria y contratos reservados, para lo cual un documento de orientación general es necesario. No obstante, podría plantearse la posibilidad de aportar mayor grado de precisión en algunos extremos.

2. La delimitación del ámbito de la acción concertada en materias sociales y sanitarias ha resultado considerablemente limitada condicionada por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La naturaleza contractual de la mayor parte de esos instrumentos y su sujeción a la legislación

de contratación pública obliga a replantear mecanismos de prestación de servicios que se habían convertido en tradicionales y un instrumento dirigido a los aspectos sociales de la contratación pública puede ser un medio de orientación adecuado, en especial en relación con los contratos para los que se habilita a la Administración a acordar su reserva en la disposición adicional cuadragésimo octava de la LCSP.

3. En el ámbito de los contratos reservados, sea en virtud de la disposición adicional cuarta o de la disposición adicional cuadragésimo octava, debe permitirse un amplio margen de adaptación por el poder adjudicador a las características de la prestación, en relación con la subcontratación, con otras empresas habilitadas para acceder al contrato reservado o, en especial, con empresas ordinarias.

4. La promoción del acceso a la contratación de empresas de la economía social debería hacerse en el contexto del reforzamiento del tejido productivo aragonés y, por tanto, mediante medidas y programas en común con las pequeñas y medianas empresas y los profesionales autónomos.

**Informe 3/2025, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación
Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**