



EB 2022/153

Resolución 012/2023, de 25 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo contra los pliegos de la “Contratacion conjunta esporádica del servicio de limpieza en edificios del Ayuntamiento de Donostia / San Sebastián, Organismo Autónomo Escuela de Música y Danza, Organismo Autónomo Donostitik, EPE Donostia Kultura, EPE Etxegintza, Museo San Telmo S.A., Teatro Victoria Eugenia S.A., Fomento de San Sebastián S.A. y San Sebastián Turismo S.A.”, tramitada por el Ayuntamiento de Donostia / San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de septiembre de 2022 ha tenido entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (en adelante, CONACEE) contra los pliegos de la “Contratacion conjunta esporádica del servicio de limpieza en edificios del Ayuntamiento de Donostia / San Sebastián, Organismo Autónomo Escuela de Música y Danza, Organismo Autónomo Donostitik, EPE Donostia Kultura, EPE Etxegintza, Museo San Telmo S.A., Teatro Victoria Eugenia S.A., Fomento de San Sebastián S.A. y San Sebastián Turismo S.A.”, tramitada por el Ayuntamiento de Donostia / San Sebastián.

SEGUNDO: Con fecha 13 de septiembre el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó una copia del expediente de contratación y el



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4AHC-QQY4 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4AHC-QQY4 en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



informe al que se refiere el artículo 56.2 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió los días 15 y 16 de septiembre.

TERCERO: No constan en el expediente más interesados que el recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de A.L.G.O., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma



El recurso fue interpuesto en fecha 12 de septiembre y el poder adjudicador indica que es extemporáneo por anticipado, toda vez que la Junta de Gobierno detectó un error en fecha de 13 de septiembre que ha originado la modificación parcial de los pliegos. Este Órgano estima que no puede entenderse extemporáneo “por anticipado” un recurso contra la única versión de los pliegos vigente en el momento de la interposición; cuestión distinta es que, en su caso, la impugnación pueda perder posteriormente su objeto (por ejemplo, porque la modificación supone la satisfacción de la pretensión; ver la Resolución 59/2018 del OARC / KEAO). Por otro lado, el propio Ayuntamiento reconoce que la modificación no afecta al contenido impugnado. Consecuentemente, el supuesto error alegado por el órgano de contratación no puede conllevar la inadmisibilidad y el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia / San-Sebastián tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, los argumentos de la recurrente son los que se exponen a continuación:

a) Los pliegos impugnados son contrarios a Derecho por reservar el contrato a Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE) de Iniciativa Social (en adelante, CEEIS), excluyendo a los CEE que no cumplen ese requisito (en adelante, “CEE empresariales”). El recurrente señala que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) ya ha declarado que dicha exclusión es contraria al Derecho de la Unión Europea (UE), de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6/10/2021, asunto C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810 (en adelante, “STJUE C-598/19”) en sus sentencias de



26/5/2022, nº de resolución 215/2022, ECLI:ES:TSJPV:2022:1688 (en adelante, “STSJPV 215/2022”) y de 8/6/2022, nº de resolución 228/2022, ECLI:ES:TSJPV:2022:2360 (en adelante, “STSJPV 228/2022”); contra ambas se ha recurrido en casación.

b) La STJUE C-598/19, motivada por una cuestión prejudicial planteada por el TSJPV, indica que el órgano judicial remitente debía realizar un juicio de ponderación sobre la eficacia de unos y otros tipos de CEE en la defensa del empleo de las personas con discapacidad y de su integración social para determinar si la exclusión de la reserva de los CEE empresariales vulneraba los principios de igualdad de trato y proporcionalidad. En la emisión del citado juicio (STSJPV 215/2022), el TSJPV entendió que sí se daba dicha vulneración y que el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta de la LCSP (DA 4 LCSP) es disconforme con la Directiva 2014/24/UE.

c) Finalmente, se solicita la eliminación del término “de iniciativa social” que, por referencia a los CEE, se incluye en el apartado 15 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), así como cuantas otras referencias derivadas de la misma sean aplicación de la restricción “de iniciativa social” en cualquier otro de los documentos rectores del procedimiento de licitación, reconociendo el acceso al lote o lotes reservados a todos los CEE sin exclusiones.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando, en síntesis, los siguientes argumentos:

a) Se alega que el motivo de la impugnación ha sido resuelto por el OARC / KEAO en ocasiones anteriores en sentido desestimatorio, y cita expresamente la Resolución 129/2018. Por otro lado, aunque dicha Resolución ha sido anulada por la STSJPV 228/2022, se señala que esta última no es firme al haber sido recurrida en casación por el Ayuntamiento de Donostia / San Sebastián. En el



escrito de preparación del citado recurso se afirma que el TSJPV ha incurrido en exceso de jurisdicción inaplicando una Ley sin antes plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; asimismo, se alega que los CEEIS y los CEE empresariales no están en la misma situación aunque persigan la misma finalidad y que el legislador puede legítimamente optar entre varias soluciones sin que una Ley pueda tacharse de arbitraria si está provista de fundamentación.

b) Se aporta la sentencia de 14/2/2022, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, nº de resolución 495/2022, ECLI:ES.TSJCAT:2022:2927 (en adelante, “STSJCAT 495/2022”), que considera, en un supuesto idéntico al resuelto por la STSJPV 228/2022, que la LCSP no ha introducido una diferencia discriminatoria para los CEE empresariales y se alega que la conclusión de esta última sentencia es errónea porque el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no tiene efecto directo y no puede invocarse por un particular para excluir la aplicación de una norma interna. En el mismo sentido de considerar justificada la diferencia de trato legal de los dos tipos de CEE, se aporta la sentencia de 18/5/2022 del Tribunal Supremo (sala de lo social), resolución nº 449/2022, ECLI:ES:TS.2022:1976 (en adelante, “STS 449/2022”).

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, CONACEE solicita la anulación de la cláusula de los pliegos que limitan el alcance de la reserva de su adjudicación a los CEEIS, dejando fuera de ella a los CEE empresariales. Esta reserva es claramente ajustada a la DA 4ª de la LCSP (y los interesados no lo discuten). Sin embargo, la recurrente alega que dicho precepto es contrario al Derecho de la UE, por lo que no puede aplicarse para fundamentar la restricción impugnada. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre el citado motivo de impugnación.

a) La STJUE C-598/19 y la aplicación de su doctrina por los Tribunales



La STJUE C-598/19, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJPV, dispuso lo siguiente:

El artículo 20, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Los Tribunales nacionales han tenido oportunidad de aplicar esta sentencia, con el resultado que se expone a continuación.

a 1) El TSJPV

La STSJPV 215/2022, que resuelve el litigio en el que se originó la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE C-598/19 (relativo a la impugnación por CONACEE del Acuerdo de 15/5/2018 del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Gipuzkoa, sobre reserva de contratos a los CEE, finalmente anulado), establece, entre otras cosas, lo siguiente (téngase en cuenta que, con la misma argumentación, la STSJPV 228/2022 anuló las Resoluciones 100 y 129/2018 del OARC / KEAO):

CUARTO.- A propósito de ese juicio de proporcionalidad, la sentencia dictada por el TJUE en la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal dice:

"43.- (...) tanto el requisito relativo al apoyo y a la participación, directa o indirecta, en más del 50% de entidades sin ánimo de lucro como el relativo a la obligación de reinvertir la totalidad de los beneficios en los centros especiales de empleo de iniciativa social, indicados en el apartado 34 de la presente sentencia, parecen adecuados para garantizar que tales centros especiales de empleo tengan como objetivo principal la inserción de las personas con discapacidad o desfavorecidas, como exige el artículo 20, apartado 1 de la Directiva 2014/24.

44.- En cuanto a si estas exigencias no van más allá de la necesario para alcanzar dicho objetivo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tanto el hecho de que una entidad



con ánimo de lucro participe mayoritariamente, directa o indirectamente, en un centro especial de empleo como la reinversión de solo una parte de los beneficios en dichos centros, permitirán garantizar que estos sean capaces de alcanzar dicho objetivo de una manera tan eficaz como permite la aplicación de los requisitos mencionados en el apartado anterior (...)"

Pues bien, atendiendo a esas pautas estimamos que la tal regulación interna excede de la necesaria y proporcionalmente adecuada para garantizar sus objetivos a la vez que comporta efectos señaladamente restrictivos a la participación de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial en la contratación pública:

- a) Los centros especiales de empleo, de una u otra iniciativa, comparten el objetivo de integración socioprofesionales de las personas discapacitadas o desfavorecidas; y el número de trabajadores discapacitados deben representar, cuando menos, el 70 % de sus plantillas; lo que supone un notable incremento del porcentaje mínimo (del 30 %) establecido por el artículo 20.1 de la Directiva 2014/24; más aún, si se tiene en cuenta que esa norma amplió el campo de la reserva que el artículo 19.1 de la Directiva 2014/18 restringía a los talleres o centros cuyas plantillas estuvieran constituidas mayoritariamente por afectados.
- b) Teniendo los centros especiales de empleo, de una u otra iniciativa, como objetivo principal el de integración socio-profesional de las personas discapacitadas y debiendo cumplir unos y otros la expresada ratio, no se advierte ninguna razón vinculada ya no a su diferente naturaleza o fines (con o sin ánimo de lucro) sino a los requisitos de participación , directa o indirecta, en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro y de reinversión de la totalidad de los beneficios, que garanticen la mayor eficiencia de los centros (de iniciativa social) que acrediten esos requisitos en la consecución de los expresados objetivos.

Por el contrario, la concurrencia de unos y otros en condiciones de igualdad en los procedimiento de contratación pública, además de propiciar la selección de la mejor oferta, en términos de calidad y no solo de precio, al servicio del "interés general", favorece la mayor aportación de recursos y su más óptima distribución por sectores de actividad y ámbitos territorial es en beneficio de los objetivos marcados por el artículo 20.1 de la Directiva 2014/24; sin las consecuencias perjudiciales para la libre concurrencia, dentro del ámbito de la reserva contractual (no de exclusión de los principios básicos de la contratación ex artículo 18) delimitado por esa norma.

Desde esa perspectiva, los datos aportados por la recurrente con el escrito presentado el 13-12-2021 (folio 385 y siguientes del procedimiento) sobre el peso de la actividad de los centros especiales de empleo en la economía social (contratación de trabajadores discapacitados), no contradichos por datos, informes o memorias, corroboran el juicio de



proporcionalidad que se acaba de exponer atendiendo, por un lado, a la relación de los medios (requisitos definitorios de los centros especiales de empleo de iniciativa social, establecidos por la disposición final 14 de la Ley 9/2017) con sus fines (objetivos marcados por el artículo 20.1 de la Directiva 2014-24) y, por otro lado, a la relación de los primeros con sus efectos en los principios básicos de la contratación (artículo 18 de la misma norma comunitaria) y del TFUE.

Dicho, si cabe, en términos más conclusivos: la regulación interna examinada lejos de garantizar necesaria y proporcionalmente sus objetivos, provoca efectos tan desproporcionados, cuanto perjudiciales a los principios de la contratación (igualdad de trato y libre concurrencia) como la exclusión de los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial de la contratación pública, no obstante su contribución actual y por lo tanto, potencial (futura) a la integración laboral de las personas discapacitadas, acorde a su calificación como servicio de interés económico general.

En consecuencia, hay que anular el acto recurrido por fundarse en norma disconforme con la Directiva 2014-24, dada la primacía de esta última.

De acuerdo con lo señalado por el propio recurrente, contra las STSJPV 215 y 228 se han presentado sendos recursos de casación, sin que conste que el Tribunal Supremo haya resuelto sobre su admisión.

a 2) Pronunciamientos de otros Tribunales nacionales

Además de los del TSJPV, también es oportuno señalar los siguientes pronunciamientos judiciales sobre la compatibilidad de la DA4^a LCSP y el Derecho de la UE a la vista de la STJUE C-598/19:

- 1) La STSJCAT 495/2022 (relativa a los pliegos de un contrato público) y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19/10/2022, resolución nº 3533/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:9172 (relativa a la Resolución del Govern de Catalunya de 3/7/2018, que regula la reserva a los CEE para 2018) analizan el ajuste de la LCSP a los principios de igualdad y proporcionalidad, tal y como la STJUE C-598/19 pide a los órganos jurisdiccionales nacionales, reconduciéndolo a un juicio sobre la eventual inconstitucionalidad de la LCSP (fuente de la que, en realidad, proviene la discriminación impugnada, pues los órganos de contratación



se limitan a aplicar esta Ley). El TSJCAT descarta la inconstitucionalidad señalando lo siguiente:

Tradicionalmente se ha admitido en las normas un ámbito de libertad de configuración que es inherente a la función legislativa y que impone una pauta de deferencia y respeto, más si se trata de una norma con rango formal de Ley, como es el caso.

En el mismo sentido la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación para definir los tamaños que permitan alcanzar el objetivo que determina la propia Directiva, en cuyo caso la protección y fomento del empleo de las personas con disminución.

(...)

En lo que se refiere a los límites de la Ley, que es lo que aquí se plantea, se ha pronunciado la sentencia núm. 128/2009 del Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

"no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional (por todas, STC 149/2006, de 11 de mayo, FJ 6, y las en ella citadas). De manera que, al enjuiciar un precepto legal al que se tacha de arbitrario, nuestro examen ha de centrarse en determinar si dicho precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7 ; 13/2007, de 18 de enero, FJ 4 ; y 90/2009, de 20 de abril , FJ 6)".

Pues bien, ciertamente estamos en este caso ante una excepción a unos principios que son estructurales en el ordenamiento contractual público europeo, como por ejemplo los principios de igualdad de los operadores económicos y competencia, de modo que corresponde una interpretación restrictiva. Una interpretación que debe responder al sentido de la misma excepción, que no está en favorecer a un tipo de entidades sino una



concreta finalidad que es facilitar la integración laboral de los colectivos de personas desfavorecidas, en este caso las personas con disminución.

Dicho esto, si bien es legítima la duda de la actora sobre la razonabilidad de la discriminación de la que han sido objeto los centros especiales de empleo que no sean de iniciativa social, la opción del legislador no se presenta como arbitraria o carencia de justificación considerando que la discriminación se fundamenta en la garantía del perfil social de las entidades y, especialmente, la obligación de reinversión de los resultados de la actividad en la propia finalidad de integración de personas con disminución. Unas características que inicialmente permiten prever una mayor dedicación y una mayor eficacia de la reserva de contratos en orden a la finalidad que la justifica.

- 2) En sentido muy similar a las dos sentencias del TSJCAT citadas se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia de 23/11/2022, resolución 1307/2022, ECLI:ES:TSJCL:2022:4571 (relativa a los pliegos de un contrato público) que, además, señala lo siguiente:

Por ello la cuestión se reconduce a comprobar si los centros especiales de empleo de iniciativa social, debido a sus características específicas, están en condiciones de poner en práctica de manera más eficaz el objetivo de integración social del art. 20.1 Directiva 2014/24, lo que podría justificar objetivamente una diferencia de trato en relación con los centros especiales de iniciativa empresarial.

Este fue el argumento defendido por el Gobierno de España y que se justifica en que la ausencia de ánimo de lucro hace que los CEE de iniciativa social maximicen su valor social y no económico y que proporcionen un mayor valor social y calidad en el empleo. Como exponía el Abogado General en su conclusiones en el asunto anteriormente referido la presencia de ánimo de lucro en los centros especiales de empleo y consiguiente deseo de generar beneficios para sus propietarios podría alejar los fines sociales de su centro de atención, lo que no ocurriría en los centros de empleo sin ánimo de lucro, lo que además viene incentivado por la obligación de reinversión de los resultados de la actividad en la propia finalidad de integración de las personas con discapacidad y que hace que los beneficios que puedan obtenerse se reinviertan en los fines sociales pertinentes.

También nos parece oportuno a la hora de valorar la justificación y racionalidad del distinto trato dispensado por la norma el que la jurisprudencia comunitaria ha admitido la



posibilidad de excepcionar las reglas de concurrencia propia de la contratación pública en favor de entidades sin ánimo de lucro (SSTJUE de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, y de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13).

- 3) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10/10/2022, resolución nº 1383/2022, ECLI:ES:TSJM:2022:12366 desestima el recurso de CONACEE contra el Acuerdo de 3/5/2018 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, relativo a la reserva a CEE, y señala lo siguiente:

Para la parte actora con estos datos obtenidos del SEPE se pone de manifiesto que son los CEE de iniciativa empresarial los que generan mayor empleo en las personas con discapacidad por lo que eliminarlos de los contratos reservados frustra las finalidades perseguidas de empleo e inserción en el mercado laboral de estas personas con discapacidad. Sin embargo no llegamos al mismo razonamiento, precisamente estos datos ponen de relieve que pese a una mayor trayectoria en el tiempo por parte de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa privada o empresarial, en la actualidad los nuevos Centros Especiales de Empleo de iniciativa social alcanzan unas cifras de empleados discapacitados muy escasamente inferior a los de los Centros Especiales de Empleo, lo que pone de manifiesto que su configuración más exigente en modo alguno limita la creación de estos centros y por tanto la prosecución sus fines; tomando las estadísticas del año 2020 nos encontramos en la Comunidad de Madrid con 161 Centros Especiales de Empleo que tienen una plantilla de 10.047 personas de las cuales 8.708 son personas con discapacidad o desfavorecidas. Y en esta Comunidad hay solo 68 Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, si bien tienen en sus plantillas a 7.698 trabajadores, de los cuales 6.515 son personas con discapacidad o desfavorecidas. Estos datos revelan que los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social en el año 2020 tenían con muchos menos centros operativos una plantilla de personas contratadas casi similares a los Centros Especies de Empleo, lo que revela una eficaz prosecución de sus fines en la medida en que logra dar trabajo y ocupación a un gran número de personas necesitadas por sus especiales circunstancias, logrando para las mismas mediante la inserción laboral, la integración social. Ello evidencia que bien por su propia estructura con partícipes sin ánimo de lucro, bien por la imperativa inversión de todos sus beneficios en los mismos Centros se logra dar trabajo y ocupación a un mayor número de personas discapacitadas, en proporción al número de centros de iniciativa empresarial.



Lo que no se ha acreditado con estas pruebas, es que desde que entrara en vigor la norma en el mes de mayo de 2018 la reserva de contratos que se pueda haber llevado a efecto dentro de la Comunidad de Madrid en favor de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, haya conllevado para los centros de iniciativa privada, y por ende a las personas discapacitadas que ocupan, una desigualdad de trato al ser excluidos de ese porcentaje del 8 por 100 de presupuesto total de contratos, revelándose por el contrario con los datos consignados que estas mayores exigencias en la configuración de Centros de iniciativa social han permitido llegar a unos resultados favorables.

Por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

- 4) Finalmente, la STS 449/2022, si bien procede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y el objeto del litigio no es la validez del alcance de la reserva de la DA 4ª LCSP (aunque sí la menciona), contiene interesantes reflexiones sobre la justificación del trato legal desigual de los CEEIS y los CEE empresariales, como son las siguientes:

El marco legislativo que se invoca en el recurso nos lleva a entender que aunque todos los CEEs debe atender al mismo objetivo principal, tal y como refería el art. 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos - término, este último que se suprimió por el de discapacitados, por virtud de la D.A. 8ª de la Ley 39/2006- ("aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos; a la vez que sea un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal"), ello no significa que todos los centros tengan la misma posición a la vista del marco en el que se encuadran y por ello puedan existir o establecer distintos tratamientos para unos y otros que puedan traer causa de las características que tengan, dentro de las referidas legalmente.

(...)

Ahora bien, ese interés colectivo al que pueden atender no nubla el que existan centros con intereses económicos y que, por ello, el legislador haya introducido en el régimen jurídico de aquellas entidades el concepto de ánimo de lucro y su vinculación con los beneficios que obtienen, diferenciándolas en atención al distinto destino que a ellos



puedan darse, ya sea a la atención de la iniciativa social o otro interés ajeno a él, otorgando concesiones a unos y no a otros.

(...)

Esa distinción también se plasma 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, en cuya Disposición Adicional Cuarta sigue regulando los contratos reservados con la especificación de que los mismos se aplicarán a CEEs de iniciativa social. Y en correspondencia, en su Disposición Final decimocuarta se modificó el RDL 1/2013, añadiendo el apartado 4 al art. 43 al definir los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social como " 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".

Sobre esta previsión, debemos destacar que la expresa referencia a la "iniciativa social" con la que se quiere identificar a los CEEs que reúnan las exigencias a la que se anuda dicha condición fue fruto, en la tramitación parlamentaria, de una serie de enmiendas al proyecto de ley -en el que en su texto original nada se decía al respecto-, que fueron asumidas en transacción y votadas por unanimidad en la Ponencia ante el Congreso de los Diputados, en las que se dejaba constancia de la necesidad de hacer esta precisión sobre los CEEs, partiendo del mandato del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE e incluso con cita de doctrina comunitaria (STJUE de 17 de junio de 1997), justificándolas en la existencia de una realidad que, según exponían, ponía de manifiesto que existían centros que no se destinaban realmente a lo que constituye su objeto como es la iniciativa social sino que tenían presentes el ánimo de lucro y la maximización de beneficios, entendiendo



que las entidades sin ánimo de lucro resultaban ser operadores idóneos para cumplir las finalidades sociales del sistema (Enmienda núm. 955, del Sr. Antonio (GMx; Enmienda 25, al art. 11 del proyecto, del Grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea; Enmienda 771 del Grupo Socialista). Es más, aunque en relación con otros preceptos, algunas enmiendas justificaban el trato diferente que debía darse a las entidades de iniciativa social "por su papel fundamental en la configuración y comprensión del actual sistema de servicios sociales, pues, sin exagerar, pudiera decirse que son incluso preexistentes al mismo" (Enmienda 624 al art. 145, del Grupo Socialista) (BOCD de 2 de agosto de 2017). Claramente el legislador configuró a las CEEs de iniciativa social dotándoles de una singular caracterización para la mejor atención a las necesidades del sistema en lo que a los discapacitados se refiere en el ámbito del empleo, garantizándoles un efectivo y pleno ejercicio de ese derecho.

b) Criterio del OARC / KEAO sobre la aplicación de la STJUE C-598/19

Este Órgano expuso su criterio sobre el alcance de la STJUE C-598/19 en su Resolución 5/2022 en el sentido de entender que ésta deja el análisis del encaje de la normativa nacional debatida en el Derecho de la UE en manos del órgano jurisdiccional remitente, el cual deberá verificar el respeto a la libre circulación de mercancías, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como a los principios de igualdad de trato y proporcionalidad, los cuales figuran en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE (apartado 33). Para llevar a cabo esta tarea, el TJUE aporta una serie de consideraciones (apartados 35 a 45). A la vista de todo ello, este Órgano estimó en la citada Resolución que la doctrina que había venido manteniendo con anterioridad a la STJUE C-598/19 (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 100, 129 y 130/2018), en la línea de considerar que la DA 4ª de la LCSP es adecuada al Derecho de la UE, es coherente con el alcance de la sentencia y satisface el análisis que ésta encomienda al órgano jurisdiccional nacional. En especial, se señalaba, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Aunque los CEEIS tengan en común con los CEE empresariales la finalidad de garantizar un empleo remunerado a las personas con discapacidad e incluyan en su plantilla el mismo porcentaje mínimo de estas personas, la diferencia de trato en favor de estos últimos se basa



en características que optimizan su valor social y económico para conseguir en mayor grado dicha finalidad (apartado 41 de la sentencia C-598/19). Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE se refiere a operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, y que los requisitos adicionales establecidos en la LCSP se dirigen precisamente a concretar si dicha integración es efectivamente el objetivo principal de la empresa.

- 2) Actuar con ánimo de lucro (en el sentido de búsqueda del beneficio como objetivo empresarial), aun siendo un comportamiento legítimo para los operadores del mercado, puede desplazar a un segundo plano los aspectos sociales que se busca potenciar. De hecho, el fundamento de la reserva del artículo 20 de la Directiva es compensar los efectos perniciosos del funcionamiento normal del mercado y de la libre competencia en las empresas cuyo objetivo principal es el empleo de las personas discapacitadas (ver el Considerando 36 de la Directiva) y no la obtención de beneficios. Por ello, la regulación de la LCSP es correcta porque viene a reforzar la posición de dichas empresas en el mercado para cumplir con mayor eficacia su objetivo social.
- 3) Análoga observación se puede hacer respecto de la obligación de reinvertir los beneficios en los objetivos sociales, la cual puede ser contraria a la lógica empresarial común pero contribuye a que el reparto de beneficios entre los propietarios o socios de la empresa no detraiga recursos en perjuicio de dichos objetivos.
- 4) Finalmente, que el operador se rija por principios democráticos y participativos propios de las entidades sin ánimo de lucro o por el interés general que rige la actuación de las entidades públicas permite comprobar que efectivamente persigue el logro de objetivos sociales y que el peso



de los propietarios o socios en la toma de decisiones no se basa principalmente en razones de índole puramente empresarial.

- 5) Por las razones expuestas en los epígrafes 1) a 4) anteriores, este Órgano no consideró que los requisitos adicionales solicitados por la LCSP vayan más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos pretendidos por el legislador (apartado 44 de la sentencia). Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE busca privilegiar el acceso a la compra pública de operadores que, de otro modo, tendrían dificultades para compatibilizar su supervivencia en el libre mercado con su finalidad social, hasta el punto de que podrían llegar a tener que sacrificar esta última en favor de dicha supervivencia. Los requisitos adicionales de la DA 4ª de la LCSP han acentuado las características de organización y gestión que mejor contribuyen a este objetivo social, a pesar de que las mismas características pueden entorpecer su actividad en el mercado; por ello, es proporcionado y no excede de lo necesario para obtener el objetivo buscado que la reserva prevista en la Directiva se restrinja por la norma nacional a quienes ostentan las citadas cualidades.

c) Conclusión

La aplicación de la doctrina expuesta en la letra b) anterior supone la desestimación del recurso. Debe señalarse, además, que, si bien la desestimación contradice el criterio seguido por el TSJPV en las STSJPV 215 y 228/2022, no es menos cierto que dichas sentencias no son firmes por pender sobre ellas sendos recursos de casación y que su contenido no es compartido por varias resoluciones judiciales de Tribunales del mismo rango. Habida cuenta de ambas circunstancias, y a la vista de que es probable un pronunciamiento del Tribunal Supremo que termine por fijar jurisprudencia sobre la materia en el caso de que se admitan los mencionados recursos u otros que previsiblemente puedan plantearse contra las sentencias citadas en el apartado a 2) anterior, este Órgano estima procedente mantener su reiterado criterio, expresado en la letra b) de este mismo Fundamento jurídico.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (en adelante, CONACEE) contra los pliegos de la “Contratación conjunta esporádica del servicio de limpieza en edificios del ayuntamiento de Donostia / San Sebastián, Organismo Autónomo Escuela de Música y Danza, Organismo Autónomo Donostitik, EPE Donostia Kultura, EPE Etxegintza, Museo San Telmo S.A., Teatro Victoria Eugenia S.A., Fomento de San Sebastián S.A. y San Sebastián Turismo S.A.”, tramitada por el Ayuntamiento de Donostia / San Sebastián.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko urtarrilaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de enero de 2023