

MARÍA DEL ROCÍO ANDRÉS PÉREZ

Los contratos reservados en la ley 9/2017, del 8 de noviembre

La Ley 9/2017 consolida y amplía la figura de la reserva de contratos. Refuerza la obligación de reservar un porcentaje mínimo a Centros Especiales de Empleo y empresas de inserción, y extiende la posibilidad de reserva a otras organizaciones cuando se cumplan las condiciones previstas para ello.

12/03/2018

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, viene a consolidar la figura de los contratos reservados lanzada por la Directiva 2004/18/CE, e incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con el fin promover la inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral.

La Directiva 2014/24/UE¹, mantiene la reserva de mercado para fomentar la inserción de personas con discapacidad y la amplía a los operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas desfavorecidas. Esta nueva regulación se incorporó a nuestro ordenamiento mediante la Ley 31/2015² que introdujo tres novedades importantes: permitir la reserva de participación también para las empresas de inserción, introducir la posibilidad de reservar no solo contratos sino también lotes de los mismos, y pasar de la posibilidad a la obligación. Esta última fue la gran novedad, mientras la redacción original de la Ley 30/2007 que se mantuvo en el Texto Refundido hablaba de “podrá reservarse”, la Ley 31/2015 incluye el mandato de “mediante acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva”.

La Ley 9/2007 amplía el concepto de contratos reservados. Distingue entre los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y empresas de inserción,³ disposición adicional cuarta, y la reserva de ciertos contratos a determinadas organizaciones, disposición adicional cuarenta y octava.

LOS CONTRATOS RESERVADOS DE LA D.A. 4ª

Las claves de los contratos reservados de la disposición adicional cuarta son las siguientes:

1. Obligatoriedad de establecer porcentajes mínimos de reserva

La obligatoriedad que se recoge en iguales términos que en el TRLCSP se ve reforzada por el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley para adoptar el correspondiente acuerdo por el Consejo de Ministros. En el caso de que tal acuerdo no se haya adoptado, la Ley 9/2017 impone un porcentaje mínimo de reserva del 7%. Este importe se incrementará hasta un 10% a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley. Se observa que el legislador ha querido garantizar el cumplimiento del mandato de reserva y, ante la posibilidad de que el ejecutivo por inactividad deje tal reserva vacía de contenido, ha impuesto un porcentaje que actuará supletoriamente en caso de ausencia de acuerdo del Consejo de Ministros.

El importe para calcular el porcentaje mínimo de reserva en ausencia de acuerdo del Consejo de Ministros, se computa sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI, celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiere la reserva. La referencia al anexo VI debe entenderse a estos efectos de aplicar el porcentaje de reserva del 7% en caso de ausencia de acuerdo expreso. La reserva acordada expresamente por acuerdo del Consejo de Ministros no tiene por qué calcularse necesariamente sobre estos códigos CPV de suministros y servicios, ya que no existe obstáculo para que se reserven contratos con otros CPV incluyendo contratos de obras.

La disposición adicional ordena también que el Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, fije las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento del porcentaje de reserva establecido. Esta encomienda ya se recogía en el texto anterior. La forma de garantizar tal cumplimiento dependerá de cada órgano concreto. Una buena práctica para lograrlo es fijar no sólo porcentajes sino también cuantías económicas mínimas de reserva y un control posterior de su cumplimiento. Así lo hace, por ejemplo, el Acuerdo 44/2016, de 11 de julio, de la Junta de Castilla y León.

2. Posibilidad de reservar contratos y lotes de los mismos

Como ya se introdujo en la modificación del texto anterior, se puede reservar uno o varios lotes de un contrato. La previsión, en consonancia con la división de los contratos en lotes propiciada por la Directiva 2014/24/UE que tanto va a beneficiar a pymes, tendrá un especial efecto positivo en los centros especiales de empleo y en las empresas de inserción, ya que estos operadores económicos tenían dificultades de acceder a grandes contratos a causa de la solvencia y los medios requeridos para ejecutarlos.

3. Operadores económicos destinatarios de la reserva

Los operadores económicos siguen siendo las empresas de inserción⁴ y los Centros Especiales de Empleo⁵ pero en el caso de estos últimos con la variación de que ahora deben reunir el requisito de ser de iniciativa social. Esta característica se define en la disposición final decimocuarta⁶.

El porqué de exigir esta iniciativa social expresamente a los Centros Especiales de Empleo 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.

El carácter de Centro Especial de Empleo o de empresa de inserción, como dictamina la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón⁷, es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia. Por ello, si estos operadores deciden acudir a la licitación bajo la figura de unión temporal de empresas, todos y cada uno de los eventuales integrantes de esa unión deben reunir la condición legal exigida para optar a los contratos reservados, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual.

4. El carácter de contrato reservado deberá constar en el anuncio de licitación

El anuncio de licitación recogerá esta condición de participación y se hará referencia a la disposición adicional habilitante.

5. No procederá la exigencia de garantía definitiva

La no procedencia de exigir garantía definitiva en los contratos reservados en virtud de esta disposición adicional constituye una de las importantes novedades de esta Ley. Los términos no dejan lugar a dudas por lo que no debemos confundir esta no procedencia de exigir garantía, con la posibilidad de eximir al adjudicatario de dicha obligación cuando los contratos tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social. En estos casos a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 107.1 se trata de una excepción a la regla general que, como tal, debe justificarse adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de los contratos reservados la regla general es la no exigencia de garantía y solamente podrá exigirse su constitución si concurren motivos excepcionales, debiendo justificarse motivadamente en el expediente.

LA RESERVA DE CONTRATOS DE LA D.A. 48ª

Sin perjuicio de esta reserva de mercado que hace la disposición adicional cuarta, la otra gran novedad de la Ley 9/2017 es la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones contemplada en la disposición adicional cuarenta y ocho. Esta posibilidad de reserva se configura con carácter excepcional con los siguientes requisitos:

1. Requisitos objetivos

Estos contratos únicamente pueden tener por objeto determinados servicios de carácter social, cultural y de salud. No pueden recaer sobre obras ni suministros, ni sobre servicios distintos de los enumerados en esta disposición adicional. Los únicos servicios que pueden ser objeto de tal reserva son los enumerados en el Anexo IV bajos los códigos CPV que se indican en la disposición adicional cuarenta y ocho.

2. Requisitos subjetivos

La reserva podrá efectuarse en favor de determinadas organizaciones que reúnan todas y cada una de las siguientes condiciones:

Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero de la disposición adicional cuarenta y ocho.

Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

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.

3. Requisitos temporales

La duración máxima de este tipo de contratos reservados no excederá de tres años. Al hablar de duración máxima y ser una excepción a la regla general lo lógico es entender prórrogas incluidas.

4. Requisitos formales

En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a la Disposición adicional habilitante de la reserva.

=====

¹ Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

² Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica la normativa en materia de autoempleo y se fomenta el trabajo autónomo. Modifica la disposición adicional quinta del TRLCSP.

³ Reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

⁴ Las empresas de inserción (Ley 44/2007, de 13 de diciembre) son sociedades mercantiles o cooperativas que, además de realizar cualquier actividad productiva, tengan como objeto social la integración y formación socio-laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.

⁵ Regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario.

⁶ La DF 14ª modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos centros 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.

⁷ Informe 16/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Técnico Superior. Servicio de Administración económica. Gerencia de servicios sociales. Junta de Castilla y León.

