

[Work in progress – do not circulate]

LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS PROCESOS DE EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. BUENAS PRÁCTICAS CON EMPRESAS DE INSERCIÓN EN EL AYUNTAMIENTO DE MADRID

María José García Solana
ICCA Universidad Complutense de Madrid
mjgarcia@ucm.es

Pilar Mairal Medina
ICCA Universidad Complutense de Madrid
mmairal@ucm.es

Nota biográfica

María José García Solana es Doctora en Ciencia Política, de la Administración y RRII por la UCM (2017), segundo accésit INAP tesis doctorales. Es profesora asociada desde 2006 que compagina con su actividad principal como Técnico de Empleo y Desarrollo Local en un Ayuntamiento. Ha participado en Congresos internacionales, nacionales, publicaciones, proyectos de investigación y docencia. Acreditada a ayudante y contratada doctora.

Pilar Mairal Medina es Doctora en Ciencia Política, de la Administración y RRII por la UCM (2018), primer premio INAP tesis doctorales. Es profesora asociada desde que compagina con su actividad de Asesora en la SEDIA. Ha participado en Congresos internacionales, nacionales, ha realizado numerosas publicaciones, participado en proyectos de investigación y docencia. Directora del Máster de Innovación y Gobernanza Democrática de la UCM.

Resumen

En las últimas décadas la UE ha impulsado un cambio de estrategia en las dinámicas de contratación pública. Este cambio de enfoque permite revisar el concepto de eficiencia económica bajo la óptica de criterios de calidad, transparencia y especialmente bajo la óptica de criterios sociales y medioambientales. Los instrumentos de contratación pasan a formar parte de una estrategia que la vincula a la política social, más allá de ser un instrumento jurídico. Así las diferentes olas de directivas en materia de contratación han introducido cambios en las legislaciones nacionales, entre ellos la reserva de mercado a Empresas de Inserción (EI), entre otras. Esta ponencia tiene como objetivo analizar la evolución y característica de la reserva de mercado a las EI y su desarrollo en el Ayuntamiento de Madrid como un ejemplo de buena práctica.

Palabras clave: contratación pública, reserva de mercado, empresas de inserción, cláusulas sociales

1. INTRODUCCIÓN

El rol que juega la Administración Pública en los Estados democráticos actuales va más allá de ser meras prestadoras de servicio o realizar un apoyo especializado en el desarrollo de las diferentes políticas públicas.

Los estudios realizados sobre contratación pública se han abordado desde un plano económico y jurídico. La bibliografía con enfoque económico y empresarial asigna el rol a la Administración Pública de “agente económico ocupando una esfera gestora de fondos y presupuestos públicos y debe impulsar efectos sociales y de empleo; b) es consumidora, debe promover un fin ético en sus compras; c) ha de actuar como referente para el resto de los agentes sociales y económicos llamados a ejercer su responsabilidad social corporativa (RSC)” (Bernete García, 2013:86).

Desde un plano jurídico son varios autores que aplican el concepto de buena administración¹, muy vinculado a los procesos de modernización normativa y contratación pública, o buena administración económico empresarial (gestión y rendición de cuentas presupuestaria y contable, responsabilidad social²). Pero como señala el profesor Gimeno Feliú “nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado”. Pero la intervención de las administraciones públicas en las sociedades actuales se articula en varios planos que va más allá de lo jurídico o económico, los aspectos políticos son clave para poder comprender el giro estratégico y hacia lo social que han experimentado los procesos de externalización y, con ello, el marco normativo de contratación pública.

La materialización de la gobernanza ha introducido modificaciones en los procesos de decisión político-administrativa, en los modelos de gestión pública y estructuras organizativas, interpretados desde valores de transparencia, innovación social y responsabilidad pública (gestión pública responsable, en Gutiérrez, Nevado y Pache, 2019: 256). Un concepto de gobernanza que ha de redefinir el clásico concepto de Buena Administración (Chevallier, 1986) y vincularlo a valores democráticos (ciudadanía) y el actual servicio público (innovación social, responsabilidad, transparencia, integridad y ética pública).

El objetivo de esta ponencia es la analizar la reserva de contratos a entidades sociales, especialmente empresas de inserción, en el ámbito de la externalización de servicios. Para ello se realizará un análisis descriptivo y exploratorio de la experiencia desarrollada en el Ayuntamiento de Madrid. Esta ponencia es un primer avance en un análisis de la evolución de los modelos y tipologías de externalización desde los años setenta hasta la actualidad.

2. CLÁUSULAS SOCIALES EN LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El fallo en la implementación de las políticas públicas propició el argumentario de la falta de eficiencia de las organizaciones públicas, consideradas poco flexibles y costosas. Esto motivó la introducción de diferentes estrategias de mercado orientadas a introducir experiencias de mercado en la actividad pública” (González y Navarro, 2022: 89) mediante “la amplia difusión de las técnicas de externalización (outsourcing), la contratación externa

¹ La buena administración aparece en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo de Niza, y que tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, el mismo valor jurídico que los tratados. El principio de buena administración además ha aparecido recogido en diferente bibliografía jurídica, así como en la sentencia del Tribunal General de la UE (sa la cuarta) de 27 de abril de 2016, asunto T-556/11.

² RS se define en el Libro Verde la Comisión Europa (COM, 2011) “no sólo cumplir plenamente con las obligaciones jurídicas, sino concebir la actividad de la organización como una tarea de responsabilidad frente a todos los grupos e individuos involucrados y/o afectados por sus actividades o sus decisiones, e incluir en su estrategia las preocupaciones sociales, la borales, medioambientales y de respeto a los derecho humanos en el diálogo con todos su stakeholders” (en Gutiérrez, Nevado y Pache, 2019 : 260)

(contracting out) y los partenariados (partemership) público-privados” (Olías de Lima, 2011: 38)

Los procesos de externalización, asociación público-privada y partenariado surgen como una respuesta alternativa y de relevo a los procesos intensivos de privatización que tienen lugar en los años sesenta. Como señala la profesora Blanca Olías de Lima “la externalización no empieza a emplearse como técnica de producción de bienes y servicios de carácter público hasta los años setenta y, con mayor empuje, desde los ochenta” (2011). El objetivo de estas políticas y estrategias políticas era reducir la intervención directa del Estado en ciertos mercados, impulsar de forma intensiva y desde el Estado ciertos mercados privados, habitualmente públicos (sanidad, servicios sociales, empleo, educación) y dejar que éste ocupe un rol de regulador y garantista de la competencia “expresión del apremio por lograr socios eficientes y solventes para afrontar y resolver problemas públicos” (Olías de Lima, 2011: 38). La externalización de servicios busca introducir entidades privadas y sociales en la gestión directa de servicios públicos con el objetivo de mejorar su eficacia y eficiencia. Es decir, es la relación coste-beneficio el criterio principal de medida y que inspirará la técnica de contratación (criterio de precio del servicio o suministro). Lo peculiar de la externalización es que afecta tanto a actividades centrales (*core*) de la administración pública y actividades secundarias y en cuyo desarrollo se genera dinámicas de constante interacción. La práctica de la externalización en su inicio lleva implícita una idea de competencia, pero en su desarrollo se transforma en colaboración que se va acentuando a medida que esta técnica se amplía y consolida (Olías de Lima).

En la actualidad la prestación directa de servicios no es la única forma de intervención de las administraciones públicas en los mercados y la contratación no supone una mera provisión de servicios por parte de las entidades adjudicatarias, privadas o sociales. La intervención del Estado se canaliza a través de la regulación y articulación de los procesos licitación (pliegos de prescripciones administrativas y técnicas de los contratos), por lo que “la iniciativa privada y el mercado, debidamente regulados, supervisados y controlados, pueden ser colaboradores oportunos y eficaces en las tareas públicas (Olías de Lima, 2011: 40) “a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país” (Martín Lorenzo, 2019: 6).

Siguiendo a la profesora Blanca Olías de Lima las principales aportaciones de la literatura académica sobre externalización se agrupan en tres líneas dominantes. La línea de análisis centrada en razonamientos económicos y en las relaciones principal-agente, que subraya los temas de la eficiencia, los costes de transacción, la competencia y los mercados. Una segunda línea de razonamiento es la que recoge lo que se puede llamar la aproximación tradicional, fuertemente influida por los juristas del Derecho público, que se preocupa principalmente por los temas de las funciones del Estado, la igualdad en el acceso a los servicios y los valores de servicio público. Una tercera aproximación, que recoge argumentos de las dos corrientes anteriores, es la que representa la gerencia estratégica, preocupada en buena medida por encontrar soluciones viables a los problemas de modernización y logro de objetivos de las organizaciones públicas. (Olías de Lima, 2011: 42).

Hasta el momento, los argumentos clásicos para la externalización han sido la mejora en la eficacia y eficiencia, en la calidad, y la dificultad en innovación, flexibilidad e insuficiencia técnica de la administración pública, además de las presiones financieras para reducir el gasto público. Pero la incorporación de reservas de mercado a favor de entidades del ámbito social introduce, añade o complementa los criterios de la externalización obteniendo otro tipo de beneficios más vinculados con el coste-calidad y el criterio de efectividad y equidad.

Cabe por tanto preguntarse ¿qué incorpora la reserva de mercado a favor de los CEE de iniciativa social y de EI en el enfoque de externalización de servicios públicos? supone no sólo mejorar la relación calidad-precio sino proporcionar mejores resultados teniendo en cuenta el impacto o resultados sociales.

No todas las empresas proporcionan la misma calidad en el empleo o cumplen con los criterios de cohesión social de la Agenda 2030. De este modo la razón de ser de las cláusulas sociales y los contratos reservados es tener en cuenta o reducir los costes negativos asociados a procesos de externalización, además de considerar la situación específica de ciertos

operadores sociales. Así para CEE de inserción social y EI la “tipología jurídica de las empresas, sus sistemas de propiedad y participación, o sus objetivos sociales y fines fundacionales deben ser tenidos en cuenta en la adjudicación y ejecución de los contratos públicos”.

En condiciones normales de competencia y externalización de servicios bajo una óptica de coste-beneficio, este tipo de entidades tienen problemas para obtener contratos, así como cumplir requisitos generales como avales y subcontratación.

La consideración de criterios sociales en los procesos de externalización de servicios vuelve a poner el foco en la implementación de los servicios. La importancia del desarrollo de la implementación del servicio no desaparece con la externalización, sacando fuera de la administración pública la prestación. Sino que esta implementación se adapta y articula sobre la ejecución de uno o varios actores. Se complejiza la dinámica de implementación al tener en cuenta elementos internos de ajuste y de seguimiento y evaluación del servicio implementado. Así como que no en todos los sectores las cláusulas sociales, económicas o éticas tienen el mismo impacto, de ahí la reserva en el caso de contratos de servicios sociales, culturales y de salud.

Las directivas europeas de tercera generación (Martín Lorenzo, 2019) tiene como objetivo atender dicha problemática. Este enfoque en la contratación pública se encuadra en una innovación social ya que “busca satisfacer demandas grandes, medianas y pequeñas que mejoren el bienestar, las condiciones de vida, el nivel cultural, la igualdad e inclusión social o la sostenibilidad ecológica”. El enfoque social, medioambiental y ético busca un impacto positivo en la comunidad donde se desarrolla el bien o se presta el servicio o suministro.

La introducción de cláusulas sociales y especialmente la reserva de mercado en los procesos de contratación pública realizada en favor de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social (CEE) y Empresas de Inserción (EI) apuestan por la innovación social. Este tipo de colaboraciones permite dar un salto desde los procesos de externalización de servicios más clásicos a las alianzas o asociaciones, “supone una manera más eficiente y participada de co-crear soluciones que fortalecen el bienestar comunitario complementando las políticas públicas allí donde no llegan o donde dejan sin resolver múltiples desafíos” (Martínez-Celorrío, 2017:62).

Pero este nuevo enfoque en la externalización exige, como se señala desde las directivas de la UE de 2014, un enfoque estratégico de planificación e interrelación con las políticas públicas. Los elementos clave que una gobernanza estratégica en contratación debe considerar han sido por diferentes autores: primer lugar, respeto a los principios de contratación pública recogidos en las directivas y STJUE, pero a los que habría que añadir los de equidad y justicia social; segundo lugar, la profesionalización de la contratación pública, en la utilización de medios electrónicos de comunicación e intercambio como en la especialización de los gestores de la contratación, así como contar con estructuras de apoyo, asesoramiento y seguimiento en materia de política social; tercer lugar, la interconexión con la política social, reorientación de recursos que permita generar empleo estable, continuado, vinculado a los servicios y complementario a la temporalidad de las ayudas y subvenciones a los operadores sociales, son una medida positiva. En concreto, se convierten en un instrumento de política social, ya que implica destinar recursos y promover este tipo de operadores para generar empleo en mercados objeto de licitación. Cabría plantearse en este contexto qué grado de mercado cautivo podría representar este tipo de alianza o asociación público-privada y cómo afectaría a la prestación del servicio.

Además, frente a otro tipo de operadores privados, cabe plantearse la limitación de que las AAPP pueda quedar cautiva de su colaborador.

Para finalizar este apartado, cabe recordar que la economía social representa en España el 11% del PIB³, subiendo un punto respecto al año 2021. Además, la contratación y compra

³ CEPES https://www.cepes.es/nota-prensa/742_economia-social-aumentara-peso-hasta-plan-estrategico-perte-para-este-modelo-empresarial (Consultado 2/09/2022).

pública de todas las Administraciones representa el 20% del PIB⁴ español, teniendo un impacto importante en las medidas que se pudieran adoptar desde un plano social.

3. ESTRATEGIAS DE CONTRATACIÓN: LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y LAS RESERVAS DE MERCADO

3.1. Estrategia de contratación y cláusulas sociales

El 9 de marzo, entró en vigor 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 las que se produce un avance en la vertiente social y medioambiental de la contratación pública. Como señalan Herenia Gutiérrez, M^a Teresa Nevado y María Pache “los objetivos principales de esta Ley son, por un lado, garantizar la transparencia en todos los contratos y en todas sus fases, y por otro lado, utilizar estratégicamente la contratación para coadyuvar a las políticas públicas en materia social, medioambiental, de innovación y de fomento de la contratación con pequeñas y medianas empresas” (2019: 263).

En este sentido la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 recoge en el Considerando 2 que “la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europea de 2020” y el Considerando 36 señala que “el empleo y la ocupación contribuyen a la interacción en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos”.

Sin embargo, el camino recorrido, hasta llegar al marco normativo actual, es fruto al menos de dos tendencias de cambio o reforma que van a influir en el planteamiento de una estrategia en contratación pública.

Primero, la búsqueda de normativa y procesos de contratación más eficiente y ágiles, del conjunto de la nueva regulación europea, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se desprende la necesidad de un cambio de paradigma en la contratación pública “que garantice el derecho a una buena administración”. Un ejemplo de ello es la publicación del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, de 27 de enero de 2011 (COM 2011, 15 final). Pero conjugado con los principios generales de contratación pública, recogidas en las diferentes directivas (Directiva 2014/24) y reconocidos en el TFUE y doctrina consolidada en TJUE que reiteran “la obligación de respeto a de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos” (Moreno Molina, 348). Criterios que se aplican a todos los contratos de todo tipo de cuantía sin tener en cuenta los umbrales y armonizados o no (STC 84/2015, de 30 de abril de 2015), que celebren los órganos de contratación.

Segundo, el impulso de la agenda social y medioambiental de la ONU, mediante la Agenda 2030 y los ODS que han impactado en diferentes instrumentos de planificación de la UE y los estados, entre ellos las leyes de contratación del sector público. Sin embargo, después de la crisis de 2008, “a partir de 2009 se lanzan los primeros documentos e informes de la Unión Europea para incluir la innovación social como eje transversal de actuación de los programas comunitarios de empleo y cohesión social, reformulando el enfoque del Fondo Social Europeo” (Martínez-Celorrio, 2017: 67).

De manera especial la UE ha venido recogiendo a lo largo de las diferentes Directivas de contratación pública la importancia del empleo y la ocupación como elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos, contribuyendo a la inserción en la sociedad (Doncel Rodríguez, 2021: 1).

Las modificaciones introducidas en la ley de contratos podrían clasificarse desde como reactivas o proactivas. Así destaca un plano activo, innovador y propositivo vinculado al desarrollo de la innovación social; y, otro plano, vinculado a asegurar, como no podría ser de otro modo, la aplicación comprobable del marco normativo vigente, dando seguridad jurídica

⁴ Observatorio de Contratación Pública <https://www.obcp.es/que-es-el-obcp> (Consultado 31/08/2022)

a todas las partes, y orientado hacia el cumplimiento de normas ya existentes (convenios colectivos, discapacidad, igualdad de género).

Las diferentes fases de contratación dan cabida a un enfoque social desde los estudios del mercado, fase de preparación del contrato (el objeto de estudio, la solvencia técnica y reserva o no), fase de adjudicación donde se establecen los criterios de valoración para la adjudicación, no sólo económicos (criterios de adjudicación sociales vinculados al objeto del contrato y criterios de preferencia en caso de empate en las ofertas), fase de ejecución en la que se incluyen en PCAP condiciones especiales de ejecución pudiéndose incluir cláusulas sociales. supervisan las condiciones de ejecución del contrato.

Para Gimeno Feliú la estrategia de contratación de las directivas europeas “deben servir de modelo general para toda la contratación pública y deben permitir implantar una nueva gobernanza pública que incorpore como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia y la integridad que permitan impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayuden a consolidar las específicas políticas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que impulsen la reactivación económica y empresarial (en José Antonio Moreno Molina, 348)

De lo señalado anteriormente, el enfoque estratégico de la contratación supone un esfuerzo de planificación, por ejemplo, conocer el importe total de los contratos adjudicados del año anterior supone un esfuerzo de análisis gerencial del proceso, así como un análisis desde política pública sectorial, necesario de definir y articular. Nos encontramos aquí con la problemática de una normativa aplicable a todo el sector público independientemente de su tamaño y recursos.

3.2. Reservas de mercado

Las reservas de contratos son una excepción al principio de igualdad y no discriminación y suponen un límite al principio de libre concurrencia entre los licitadores que acuden a un proceso de contratación pública (Palacín Sáenz, en Doncel Rodríguez, 2021; Martín Lorenzo, 2019). Ya el “Libro Verde para la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”, publicado en 1996, mencionaba la posibilidad de constituir un mercado cautivo para un taller protegido como señala Martín Lorenzo, para quien puede suponer un antecedente a la Directiva 2004, art. 19. (2019).

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público recoge cuatro vías para realizar reservas de mercado a empresas de economía social:

1º La disposición adicional cuarta orientada a una tipología de entidades sociales como son los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y Empresas de Inserción

2º La disposición adicional cuarenta y octava, sobre ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de la salud reservados a determinadas organizaciones. Esta reserva es de aplicación voluntaria y limitada por su tipo y objeto del contrato de servicios y suministro que aparece recogido en el Anexo de la Ley de Contratos con un listado específicos CPV. La reserva de contrato sólo puede aplicarse a CEE de iniciativa social y EI y pueden ser reservados los contratos recogidos en el listado de códigos CPV que figuran en el Anexo IV de la Ley, pero no al contrario. Es decir, empresas y entidades de economía social sólo no tienen reserva obligatoria y es sólo potestativa dentro de los códigos CPV recogidos en dicho Anexo, tal y como recoge la DA 48ª

3º Reserva a través de uno o varios lotes en los que pueda dividirse un contrato (artículo 99.3. y 99.4. de la Ley 9/2017). En concreto, se habilita la vía de reserva de lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegidos de acuerdo con lo dispuesto por el art. 99.4 LCSP.

4º Reserva mediante subcontratación.

A continuación, se analizan las reservas realizadas mediante disposición adicional.

Los contratos reservados para CEE y EI están regulados en la normativa comunitaria desde el año 2004 y en la legislación nacional de 2007 (CEPES), en concreto, “en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector

público, que recoge la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo o reserva su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, si bien se regula con carácter potestativo para los órganos de contratación” (Doncel Rodríguez, 2021: 1; Martín Lorenzo, 2019)), cuyo fundamento está en el Considerando 28 y el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE (Martín Lorenzo, 2019).

Aunque no será hasta el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se introduce la reserva como obligatoria, a partir de la modificación introducida por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, que modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social⁵.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “compelía al Gobierno a promover la adopción de medidas para establecer condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos” (disposición final 1ª) (Martín Lorenzo, 2019: 6).

Los contratos reservados para empresas y entidades de Economía Social se incorporaron en las directivas comunitarias de contratos públicos en el año 2014, regulación que ha sido traspuesta y recogida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (CEPES, :33). No será hasta las directivas de tercera generación cuando se recogen aspectos sociales como criterio de adjudicación de forma expresa, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE (Martín Lorenzo, 2019)

Los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción están regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Supone una de las grandes novedades de la Ley y en ella se contemplan algunos cambios en este campo:

- Mediante Acuerdo de los órganos de gobierno (Consejo de Ministros, órganos competentes en las CCAA y EELL), se fijarán los porcentajes mínimos de reserva de derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción.
- Esta reserva se aplica a aquellos Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y Empresas de Inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre. Anteriormente sólo se hacía referencia a Centros Especiales de Empleo lo que ha generado diversos recursos por las entidades afectadas. La incorporación de la iniciativa social ha limitado las características de estos CEE ya que pueden constituirse y operar con una figura jurídica societaria mercantil o adoptar una tipología con o sin ánimo de lucro (CEPES, 37). Esta nueva regulación de los CEE de iniciativa social es el “aspecto que mayor conflictividad ha traído en su aplicación dese que se aprobara la Ley, dando lugar a varios recursos (...) aunque es una problemática ya superada por la doctrina administrativa, como manifestó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 860/2018, de 1 de octubre” (Doncel Rodríguez, 2011 :7).
- El Acuerdo de Consejo de Ministros que establezca el mínimo de reserva deberá adoptarse en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de la ley. Este porcentaje al que hace referencia la disposición adicional cuarta se establecerá pasado ese año en un 7%, que se incrementará en un 10% a los cuatro años que se aplicará 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. Según el Informe Especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación realizado en marzo de 2022 por la Oficina Independiente de regulación y supervisión de la contratación, a pesar de haberse constituido la Comisión Interministerial se desconoce si ha adoptado medidas al respecto. El resultado ha sido que

⁵ «BOE» núm. 217, de 10 de septiembre de 2015, páginas 79824 a 79848 (25 págs.)

las diferentes CCAA y EELL han ido regulando el porcentaje gracias al amparo de la ley de contratos.

- Además, establece la exención de garantía definitiva (art. 107 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) en los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece la disposición adicional, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.

Los ámbitos en los que se podrá realizar reserva de mercado contemplan las diferentes vías de articular la contratación mediante A través de la reserva de la cuantía total del contrato. En este sentido se contempla los diferentes procesos de licitación: contratos menores, abiertos, acuerdos marco y los contratos derivados de ellos.

La ley sólo establece o mantiene una excepción relativa a los contratos de bienes y servicios realizados a través de la adhesión a los sistemas de contratación centralizada. En este sentido varios autores señalan la importancia de incluir cláusulas dentro de los Acuerdos Marco que permitan contratar con CEE y EI.

Aunque el objeto de contratación puede estar guiado por la tipología de empresas de inserción registradas en cada una los ámbitos autonómicos correspondientes, no es limitante.

Tabla 1. Características de las EI. La Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción

Empresas de Inserción	
Definición	Tendrán la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.
Requisitos	Las empresas de inserción deberán reunir, como mínimo, los siguientes requisitos: <ul style="list-style-type: none"> • Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras. Esta participación será al menos de un 51 % del capital social para las sociedades mercantiles. En el caso de Sociedades Cooperativas y Sociedades Laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes legislaciones que les sea de aplicación a los socios colaboradores o a socios. • Encontrarse inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma. • Mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30% durante los primeros tres años de actividad y de al menos el 50% del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquéllos inferior a dos. • No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social. • Aplicar, al menos, el 80% de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción. • Presentar anualmente un Balance Social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio. • Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral.

Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social⁶

Características de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social

⁶ https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_3/contenidos/guia_3_9_11.htm (Consultada 31/08/2022)

- Son aquellos que actúan en el mercado contratando a personas con discapacidad siendo al menos, el 70 % de la plantilla,
- Son promovidos y participados en más de un 50 %, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos.
- Están obligados a la reinversión íntegra de sus beneficios para:
 - creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad
 - la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social,
 - reinvertir en el propio centro especial de empleo o
 - reinvertir en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

Fuente: Ley de Contratos

4. ANÁLISIS DE CASO: EL AYUNTAMIENTO DE MADRID Y LA RESERVA DE MERCADO A EMPRESAS DE INSERCIÓN

El papel de los ayuntamientos está siendo fundamental “para consolidar la innovación social contra la exclusión social y las desigualdades” (Martínez-Celorio, 2017: 78) y muestra de ello son las experiencias desarrolladas en materia de contratación. Las cláusulas de contratación pública socialmente responsable de 2013 del Ayuntamiento de Barcelona, las cláusulas sociales y éticas de contratación de los Ayuntamientos de Madrid, Barcelona y Zaragoza son una clara muestra de ello.

Abordando ya el caso de la ciudad de Madrid, el primer acuerdo que regula la aplicación del derecho de reserva se produce durante el periodo de gobierno 2015-2019, cuya Alcaldesa era Manuela Carmena. El acuerdo de 4 de febrero de 2016 abre la posibilidad de realizar reservas de mercado a centros especiales de empleo y empresas de inserción; fija un porcentaje mínimo de reserva en 2016 que se ampliará cada año, pero que además es obligatorio su cumplimiento; e introduce un plan de reservas.

Los diferentes acuerdos alinean a la ciudad de Madrid con los compromisos de la Agenda 2030 Naciones Unidas que incorpora, dentro de sus objetivos de desarrollo sostenible en su objetivo 17 dentro de sus 169 acciones, la compra y contratación socialmente responsable y sostenible como un instrumento público vertebrador para la consecución de dichos objetivos y en semejantes términos se pronuncia la Agenda 2030 de la UE.

Tabla 2. Acuerdos e Instrucciones Ciudad de Madrid

Año	Acuerdos e Instrucciones
2016	Acuerdo de 4 de febrero de 2016 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se establecen directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los centros especiales de empleo y empresas de inserción y se fija el porcentaje mínimo de participación para 2016 Decreto de 19 de enero de 2016, del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, por el que se aprueba la Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.
2019	Acuerdo de 17 de enero de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción y se fija el porcentaje mínimo de participación para 2019.
2022	Acuerdo de 17 de enero de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por la que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción y se fija el porcentaje mínimo de participación para 2019.

Fuente: Elaboración propia

En relación con las características de las entidades sociales, los acuerdos establecen que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en CEE, de las EI o de los programas sea previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos

un 30%. Aunque como se puede apreciar en el apartado anterior los CEE de iniciativa social ya cumplen con el 70%.

Asimismo, la disposición final decimocuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre modifica el texto refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y de inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y añade un apartado 4 al artículo 43, donde define los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social

Respecto a los porcentajes mínimo de reserva establecidos por el Ayuntamiento de Madrid. El Ayuntamiento de Madrid ha ido consolidando los porcentajes mínimos de reserva mediante sucesivos Acuerdos de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid. Este porcentaje mínimo de reserva se calcula a partir de los importes de adjudicación correspondientes a la anualidad precedente del conjunto de contratos de servicios celebrados por el Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos y en el que se tiene en cuenta diferentes modalidades de contratación, así como las cuantías asignadas en lotes, en su caso. Este porcentaje además ha ido incrementándose en los sucesivos años.

Tabla 3. Evolución porcentaje de reserva mínima

2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
0,5%	0,6%	0,7%	2%	2,5%	2,75%	3%

Fuente: Elaboración propia

En el Acuerdo de 21 de enero de 2019 además se señala que los porcentajes de reserva fueron culminando año tras año tantos contratos reservados, lotes y subcontrataciones. Además, dicho porcentaje mínimo de reserva es de obligado cumplimiento por los órganos de contratación.

Revisados los Decretos desde 2019-2022 que aprueban en plan municipal de reserva de contratación resulta interesante en ellos se refleja la variedad en el objeto de los contratos, unidad/organismo contratantes y número de contratos, cuáles de ellos se realizan mediante lotes y en cuáles se contempla la subcontratación. En este sentido, cabría avanzar en un análisis de impacto de los resultados “desde un enfoque económico, social y de servicio”, por ejemplo: empleos generados, fortalecimiento del mercado, aplicación de contratos a tareas centrales o periféricas/auxiliares, entre otros. Ello permitirá avanzar en la estrategia de contratación.

Tabla 4. Planes de reserva

2019	Decreto de 28 de febrero de 2019 del Delegado del Area de Gobierno de Economía y Hacienda, ha sido aprobado el Plan municipal de Reserva de la Contratación 2019
2020	Decreto de 20 de diciembre de 2019 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, ha sido aprobado el Plan municipal de Reserva de la Contratación 2020
2021	Decreto de 29 de diciembre de 2020 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, ha sido aprobado el Plan municipal de Reserva de la Contratación 2021
2022	Decreto de 30 de diciembre de 2021 de la Delegada del Area de Gobierno de Hacienda y Personal, ha sido aprobado el Plan municipal de Reserva de la Contratación 2022

Fuente: Elaboración propia

Para concluir este apartado, cabe destacar la relevancia dada por AMEI a este proceso de reserva, y las dificultades que genera el último acuerdo al tener que justificar la contratación exclusivamente para EI, lo que supone una desventaja (a nivel de costes) respecto a CEE.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de esta ponencia se ha realizado un primer acercamiento a las características y tendencia de los mercados de reserva y la importancia del enfoque social en la contratación pública y externalización de servicios. De su análisis surgen algunas conclusiones:

En primer lugar, el uso estratégico de la contratación debe plantearse integrado en un enfoque de políticas públicas, especialmente sociales. El argumentario de la externalización basado en eficacia, eficiencia y calidad no ha sido suficiente, teniendo en cuenta algunos

efectos negativos o externalidades fruto de procesos de competencia económica pero no considerar las transacción o efectos sociales y medioambientales.

En segundo lugar, para poder contribuir a un enfoque de buena administración y reforzar un marco teórico de la ciencia de la administración, es necesario reformular el concepto añadiendo aspectos democráticos y evolutivos de las AAPP.

En tercer lugar, la delimitación y justificación del operador social (CEE y EI) puede venir justificada en las necesidades o planes estratégicos de empleo e inserción sociolaboral de una determinada administración pública que marquen colectivos prioritarios determinados. Una apuesta clara por este tipo de operadores implica conocer características y necesidades de cada una de ellas, antes de impulsar desde las AAPP de forma general.

En cuarto lugar, este enfoque social de la contratación es una solución para la lucha contra el desempleo, la exclusión y la pobreza. La introducción de cláusulas sociales y reservas de mercado matiza el efecto negativo que los procesos de externalización han tenido los últimos años.

Como señala la profesora Blanca Olías de Lima sucede con esta técnica de contratación como con la externalización, “las condenas o las defensas de estos nuevos métodos pueden ser muy frágiles si no se dan los pasos necesarios para gestionarlos de manera adecuada, porque sus beneficios no están asegurados y en gran medida dependen de una cuidadosa y eficaz gestión” (2011, 63).

Para concluir, como se ha señalado al inicio de la ponencia, este trabajo es un primer acercamiento a la evolución de la externalización y contratación externa de servicios públicos. Además de un análisis cuantitativo y cualitativo en la materia, cabe realizar una primera aproximación teórica desde el enfoque de la ciencia política y la administración que permita identificar las aportaciones que a lo largo de estos últimos 30 años han realizado los distintos académicos y profesionales, más allá de un análisis normativo y jurídico o económico.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alves Bayer, M., 2012. El papel de las administraciones públicas en el fomento de las empresas de inserción. *Cuadernos de Trabajo Social*, Volumen 25-1, pp. 173-192.

Bernete García, J., 2013. Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local. *Cuadernos de Trabajo Social*, Volumen 26-1, pp. 85-94.

Burzaco Samper, M., 2016. Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de considerar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Issue 86, pp. 281-310.

Burzaco Samper, M., 2018. La contratación pública como instrumento activo de innovación social. *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, Issue 33, pp. 1-36.

Feliú, G., 2015. El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma. *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, p. 23.

Gallastegi Ormaetxea, I. & Arnáez Arce, V. M., s.f. El principio de competencia ante las nuevas responsabilidades de la contratación pública: hacia un paradigma íntegro y eficiente. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*.

Gimeno Feliu, J. M., 2017. Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites. *Anuario del Gobierno Local*, pp. 241-287.

- Gimeno Feliu, J. M., s.f. La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Eficiencia en la contratación pública*, pp. 89-97.
- González Medina, M. & Navarro, C., 2022. Capacidad institucional y contratación pública. Experiencias de aprendizaje organizativo informal en la administración local. *GAPP*, Nueva Época(29), pp. 88-102.
- Gutiérrez Ponce, H., Nevado Gil, M. T. & Pache Durán, M., 2019. La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición. *CIREC-España. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Issue 96, pp. 253-280.
- Hernández-Mendible, V. R., 2011. Los avances y problemas de la contratación con el Estado. *Revista de la Facultad de Derecho. Derecho PUCP*, Volumen 66, pp. 107-129.
- Inserción, A. A. M. d. E. d., 2020. *Balance Social 2019-2020*, Madrid: AMEI y Ayuntamiento de Madrid.
- Laloma García, M., 2007. *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*. Madrid: CERMI, Telefónica y Ediciones Cinca.
- Lesmes Zabalegui, S., s.f. *Guía de compra pública responsable y del formento de la contratación pública de entidades y empresas de la Economía Social*. s.l.:CEPES..
- Madrid, A. d., 2019. *Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal por el que se aprueba la instrucción 1/2022 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de*. s.l.:s.n.
- Martín Lorenzo, B., 2019. Reserva de contratos a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social: régimen jurídico y doctrina consultiva y de los tribunales administrativos de recursos contractuales. *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, Issue 35, pp. 2-31.
- Martínez-Celorrío, X., 2017. La innovación social: orígenes, tendencias y ambivalencias. *Sistema*, Volumen 247, pp. 61-88.
- Mendoza Jiménez, J., Román Cercantes, C. & Hernández López, M., 2018. Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales. *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, Issue 33, pp. 1-38.
- Mendoza Jiménez, J., Román Cervantes, C. & Hernández López, M., 2019. La Economía Social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados. *CIRIED-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Issue 97, pp. 213-244.
- Miranda Boto, J. M., 2016. Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, 6(2), pp. 69-91.
- Moreno Molina, J. A., 2017. Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública. *Revista de Administración Pública*, Volumen 204, pp. 343-373.
- Oller Rubert, M., 2015. Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia. *Contratación administrativa práctica*, 135(número especial a Transparencia vs Corrupción), pp. 46-54.
- Ponce Solé, J., 2016. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Volumen 175, pp. 57-84.

Rastrollo Suárez, J. J., 2021. Gerencia profesional y contratación pública estratégica: una perspectiva comparada. *GAPP*, Nueva Época(26), pp. 48-60.

Retolaza Ávalos, J. L., Ruiz Roqueñi, M. & Araujo de la Mata, A. M. E. A., 2008. Eficiencia en las empresas de inserción y apoyo público. *Zerbitzuan*, Issue 44, pp. 39-54.

Rodríguez Arana, J., 2012. El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública. *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Volumen 16, pp. 247-274.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., 2021. Profesionalización en la contratación pública. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Volumen 25, pp. 243-264.

Rodríguez, D., 2021. La reserva de contrataos a centros especiales de empleo y empresas de inserción socio-laboral y su aplicación en el ámbito local. *CEMCI*, Issue 49, pp. 1-9.

Ruiz Roqueñi, M., Retolaza Ávalos, J. L. & Mugarra Elorriaga, A., 2007. Cláusulas sociales y mercados tutelados: herramientas para la competitividad de las empresas de inserción. *CIREC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Issue 59, pp. 123-151.

Solorzano García, M., Navío Marco, J. & Contreras Comeche, R., 2015. Incorporación de valor social a la contratación pública en España: situación y perspectiva. *REALA*, Nueva Época(4), pp. 41-50.

Suárez Rastrollo, J. J. & Jiménez, G. A., 2015. Buena administración aplicada a los contratos públicos: directiva de recursos, instrumentos de publicida activa y participación ciudadana. En: *Las nuevas directivas de contratación pública*. s.l.:Cizur Menor; Aranzadi, p. 367.

Normativa

Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. BOE, núm 105, de 2 de mayo de 2016. Parlamento Vasco.

Acuerdo de 17 de enero de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se establecen las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción y se fija el porcentaje mínimo de participación para 2019. BOAM núm. 8.319, de 21 de enero de 2019

Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal por el que se aprueba la instrucción 1/2022 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público.

Decreto de 31 de enero de 2019 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2019 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público

Decreto 14 de septiembre de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 3/2016 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional quinta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOAM, 1 de febrero 2017, núm 7837, págs. 9-14.

Instrucción 3/2016 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos previstas en la disposición adicional quinta del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BO. Ayuntamiento de Madrid 01/02/2017, núm. 7837.

Instrucción 1/2019 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público.

Informe Especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020. Contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación. Oficina Independiente de regulación y supervisión de la contratación.