

**SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA**

**SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**

**SECCIÓ CINQUENA**

Recurs núm. 343/2018

**SENTÈNCIA Núm. 495/2022**

**Il·lms. Srs.:**

**President**

**Sr. Francisco José Sospedra Navas**

**Magistrats**

**Sr. Pedro Luis García Muñoz**

**Sr. Eduardo Paricio Rallo**

**Sr. Manuel Santos Morales**

Barcelona, 14 de febrer de 2022

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, secció cinquena, ha pronunciat la següent sentència en el recurs contenciós administratiu núm. 343/2018, interposat per la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), representada pel procurador Sr. Francisco Toll Musterós i dirigida pels lletrats Sr. Luis García del Río i Sra. Almudena Larrañaga Ysasi-Ysasmendi, contra l'Ajuntament d'Amposta, representat per la procuradora Sra. Eulàlia Castellanos Llauger i dirigit per la lletrada Sra. Sonia de Santiago Maigí i contra la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM), representada pel procurador Sr. Álvaro Ferrer Pons i dirigida pel lletrat Sr. Álvaro Martínez Rivero

Ha estat ponent el magistrat Il·lm. Sr. Eduard Paricio Rallo, que expressa el parer de la Sala.

**ANTECEDENTS**

**PRIMER.-** En data 10 de desembre de 2018 la representació de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) va presentar en la secretaria d'aquesta Sala escrit d'interposició del present recurs, adreçat contra la resolució del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic 199/2018 dictada en el recurs N-2018-253 , de data 3 d'octubre, que resuelve el recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad recurrente contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de licitación del contrato de servicios licitado por el Ayuntamiento de Amposta

**SEGON.-** En data 22 de maig de 2019 l'actora va presentar escrit de demanda mitjançant el qual va demanar sentència que revoqui la resolució del Tribunal Català de Contractes

del Sector Públic i declari contrària dret la limitació de la reserva de contractes als centres especials d'ocupació d'iniciativa social que s'inclou al plec de clàusules inicialment impugnats o, subsidiàriament, que es plantegi qüestió prejudicial davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea relativa a la correcta interpretació de l'article 20 de la Directiva de la Unió Europea 2014/24 en allò que es refereix a les entitats incloses a l'esmentat precepte i la vigència a aquest efectes dels principis generals de contractació.

Hom al·lega que la Llei 9/17, de contractes del sector públic, aplica l'article 20 de la Directiva de la Unió Europea 2014/24 en allò que es refereix a la reserva de determinats contractes als centres especials d'ocupació, però introdueix irregularment una restricció en excloure els centres que no són d'iniciativa social, que són la meitat d'aquest tipus de centres. Hom remarca en aquest sentit que la normativa relativa a les persones amb disminució no distingeix i considera aquests centres com a part de l'economia social i alhora serveis d'interès econòmic general, tan si són d'iniciativa social com si són d'iniciativa empresarial. Precisa que els centres exclosos compleixen la mateixa finalitat que justifica la reserva dels contractes i que, fins aleshores, tots els centres especials d'ocupació podien participar sense distincions en la licitació dels contractes reservats.

Argumenta en l'anterior sentit que la restricció per accedir als contractes reservats als centres d'iniciativa social resulta contrària a l'article 20 de la Directiva de la Unió Europea 2014/24, precepte que es refereix als operadors econòmics en general sense restriccions, resultant alhora contrària als principis d'igualtat i de competència que són inherents a la normativa de contractació.

**TERCER.-** Atès que inicialment no va comparèixer cap demandada, mitjançant resolució de data 5 de novembre de 2019 es va fixar la quantia d'aquest procés com indeterminada. Acte seguit, es va admetre i practicar la prova proposada per la recurrent amb el resultat que consta als actes.

Mitjançant escrit de data 29 de gener de 2020 va comparèixer la representació de l'Ajuntament d'Amposta en qualitat de demandada.

Posteriorment, la recurrent va formular conclusions ratificant les pretensions plantejades a la demanda. Per la seva banda, la representació de l'Ajuntament d'Amposta va presentar igualment escrit de conclusions tot demanant la desestimació del recurs i la imposició de les costes processals a la recurrent.

**QUART.-** Mitjançant interlocutòria de data 27 de gener de 2021 es va suspendre el tràmit d'aquest recurs a l'espera de la resolució de la qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Superior de Justícia del País Basc davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea referida a la disposició addicional 4<sup>a</sup> i a la disposició final 14<sup>a</sup> de la Llei de contractes del sector públic, en relació amb l'article 20 de la Directiva de la Unió Europea 2014/24.

En data 10 de novembre de 2021 es va incorporar a les actuacions la sentència dictada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea l'anterior 6 d'octubre responnent l'anterior qüestió prejudicial.

Un cop sentides els parts el recurs va quedar pendent de votació i resolució, que es va dur a terme el dia assenyalat a l'efecte.

## FONAMENTS DE DRET

## **PRIMER.- Antecedents i marc normatiu**

La confederació recurrent impugna en aquest recurs la resolució dictada en data 3 d'octubre de 2018 pel Tribunal Català de Contractes Sector Públic.

Dita resolució va desestimar el recurs especial interposat per l'actora contra els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques relatius la licitació convocada per l'Ajuntament d'Amposta i publicada en data 3 d'agost anterior en relació al contracte de neteja viària i manteniment dels espais verds del terme municipal.

L'actora qüestiona que el contracte quedi reservat als centres especials d'ocupació d'iniciativa social. Entén en aquest sentit que no resulta admissible l'exclusió dels centres especials d'ocupació que no siguin d'iniciativa social.

Doncs bé, certament la normativa tradicional relativa a la integració de les persones amb discapacitat no feia distinció entre els centres especials d'ocupació d'iniciativa social i els que responen a altres iniciatives. En aquest sentit, la Llei general dels drets de les persones amb discapacitat i la seva inclusió social defineix els centres especials d'ocupació com aquells el qual objectiu principal consisteix en dur a terme una activitat productiva de béns i serveis, amb la finalitat de garantir una ocupació a les persones amb discapacitat. En aquest sentit la Llei imposa que les persones amb discapacitat seran, al menys, el 70% de la plantilla.

Així ho estableix l'article 43 del text refós aprovat mitjançant Reial Decret legislatiu 1/2013, sense efectuar distinció segons la iniciativa de creació o manteniment del centre.

Alhora, la Llei 5/2011 considera els centres especials d'ocupació com a part de l'economia social, i també com a entitats prestadores de serveis econòmics d'interès general, també sense fer distinció segons que els centres responguin a una iniciativa social o no.

Per tant, tradicionalment allò determinant era la finalitat del centre i la composició de la plantilla, no la naturalesa del seu origen. Coherentment, la reserva contractual operava sense distincions a favor de tots els centres especials d'ocupació Així quedava establert a la disposició addicional 5ª del Reial Decret legislatiu 3/11 en relació amb la Llei 44/07 relativa al règim de les empreses d'inserció.

Aquest estat de coses va canviar a partir de la Llei 9/17, de contractes del sector públic.

En efecte, la disposició addicional 4ª d'aquesta Llei la reserva de contractes no queda referida als centres especials d'ocupació en general sinó als d'iniciativa social i a les empreses d'inserció regulades. A aquests efectes, la disposició final 14ª introdueix un nou apartat a l'article 43 de l'esmentat Reial Decret legislatiu 1/13 que defineix la categoria de centre especial d'ocupació d'iniciativa social. Hom considera tal els centres promoguts i participats en més d'un 50 per cent, directament o indirectament, entitats, ja siguin públiques o privades, que no tinguin ànim de lucre o que tinguin reconegut el seu caràcter social als seus Estatuts, ja siguin associacions, fundacions, corporacions de dret públic, cooperatives d'iniciativa social o altres entitats de l'economia social, així com també aquells la titularitat dels quals correspon a societats mercantils en què la majoria del seu capital social sigui propietat d'alguna de les entitats assenyalades anteriorment, ja sigui de forma directa o bé indirecta.

S'afegeix una segon condició, en el sentit que els estatuts del centre especial d'ocupació disposi la reinversió íntegra dels seus beneficis en favor de l'ocupació i competitivitat de les persones amb discapacitat.

Per tant, certament s'ha restringit la reserva de contractes a persones amb disminució de forma que, a partir de la Llei 9/17 de contractes del sector públic, els centres especials d'ocupació que no tinguin la condició d'iniciativa social en els termes esmentats ja no poden accedir a la reserva de contractes.

#### **SEGON.- El contrast de la Llei 9/17 amb la Directiva de la Unió Europea 24/2014.**

Com s'ha esmentat l'actora planteja en aquest recurs que la restricció que la Llei 9/17 introdueix en la reserva de contractes en relació als centres que no siguin d'iniciativa social resulta contrària a l'article 20 de la Directiva de la Unió Europea 24/2014, precepte que es refereix als operadors econòmics en general sense restriccions, resultant alhora contrària als principis d'igualtat i de competència que son inherents a la normativa de contractació.

En efecte, la Directiva admet que els Estats membres puguin introduir una restricció en la contractació en forma de reserva a favor de tallers protegits i "operadors econòmics l'objectiu principal dels quals sigui la integració social i professional de persones discapacitades o desfavorides".

Per tant, en principi la Directiva refereix la reserva contractual als operadors econòmics que persegueixin la finalitat esmentada. La categoria d'operador econòmic queda definida a l'article 2.1.10/ de la pròpia Directiva per referència a qualsevol persona física o jurídica, pública o privada, o agrupació de les mateixes, que desplegui una activitat en el mercat oferint productes o serveis.

La Directiva introdueix d'aquesta manera una excepció als principis d'igualtat i de competència, que son principis estructurals en l'ordenament contractual públic europeu, i ho fa en base a una finalitat que és la que esmenta el punt 36 de l'exposició de motius que és la integració social i professional de persones discapacitades o desfavorides.

Així doncs, la qüestió que planteja l'actora és si la Directiva defineix una reserva contractual a favor de totes les entitats que compleixin la finalitat i els requeriments que al pròpia Directiva defineix, o be és admissible la possibilitat d'una transposició en la que l'Estat membre restringeixi la reserva contractual a només un tipus d'entitats, excloent-hi altres tipus que tanmateix compleixen la finalitat i els requeriments definits a la Directiva.

Doncs bé, l'actora va plantejar aquesta qüestió en els mateixos termes a propòsit del recurs interposat contra un acord del Consell de Govern de la Diputació Foral de Guipuzkoa mitjançant el qual va aprovar instruccions sobre els contractes reservats.

Precisament la identitat de la qüestió que es planteja en aquest recurs va portar a suspendre la seva tramitació a l'esmenta de la decisió del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

La resposta ha arribat en la sentència de 6 d'octubre de 2021 -assumpte núm. C-598/19-. En aquesta sentència el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha considerat que l'article 20 de la Directiva 24/2014 no s'oposa a la possibilitat que l'Estat membre imposi requeriments addicionals als que inclou l'esmentat precepte, de forma que exclou dels

procediments d'adjudicació dels contractes públic reservats a determinats operadors econòmics encara que compleixin els requeriments establerts a la Directiva.

Ara bé, l'admissibilitat jurídica de les esmentades restriccions queda subordinada a que aquestes respectin els principis d'igualtat de tracte i proporcionalitat.

El Tribunal reconeix en aquest sentit que l'article 20 de la Directiva no estableix requeriments taxatius sinó que deixa oberta la possibilitat que els Estats membres afegeixin requeriments addicionals, reenviant a l'òrgan jurisdiccional intern la valoració del requeriments introduïts en al transposició al dret intern des de la perspectiva dels principis d'igualtat i proporcionalitat.

Aquesta resposta permet excloure la pretensió subsidiària que formula la recurrent en el sentit que es plantegi qüestió prejudicial, doncs el Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha pronunciat ja en allò que es refereix a la naturalesa i abast de l'article 20 de la Directiva de referència i ha exhaurit la seva possible intervenció en aquesta qüestió.

### **TERCER.- L'eventual vulneració dels principis d'igualtat, proporcionalitat i competència.**

L'actora planteja que la limitació dels contractes reservats als centres d'iniciativa social resulta contrària als principis d'igualtat i de competència, que son principis inherents a la normativa de contractació.

Argumenta en aquest sentit que la normativa relativa a les persones amb disminució considera aquests centres com a part de l'economia social i alhora serveis d'interès econòmic general, tant si son d'iniciativa social com si son d'iniciativa empresarial. Precisa que els centres exclosos compleixen la mateixa finalitat que justifica la reserva dels contractes i que, fins aleshores, tots els centres especials d'ocupació podien participar sense distincions en la licitació dels contractes reservats.

En el tràmit d'al·legacions a la sentència dictada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea, l'actora insisteix en que estem davant d'una discriminació injustificada i precisa que, d'acord amb els estadístiques aportades, els centres d'iniciativa empresarial son un 65% del total per un 35 % els centres d'iniciativa social; son mes petits; ocupen una mica mes de la meitat de treballadors amb discapacitat; presenten en els darrers anys un increment de plantilla superior als centres d'iniciativa especial i tenen previstes retribucions superiors als respectius convenis, de forma que la restricció afecta a una proporció molt important en el conjunt dels centres especials, que és precisament la de major dinamisme.

Con s'ha esmentat, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea entén que, encara que la Directiva admeti restriccions addicionals introduïdes pels Estats membres, l'admissibilitat d'aquestes restriccions queda condicionada a que no vulnerin els principis d'igualtat i proporcionalitat.

En aquest sentit la sentència esmentada reenvia a l'òrgan jurisdiccional intern la qüestió, en el sentit de valorar si els centres especials d'ocupació de iniciativa social es troben en la mateixa situació que els centres especials d'ocupació d'iniciativa empresarial en allò que afecta a la finalitat inherent a la reserva.

Doncs be, en al doctrina ja consolidada en el nostre ordenament, el principi d'igualtat imposa un primer judici relatiu a la homogeneïtat de les situacions que son objecte de comparació. Un cop establerta la comparabilitat, l'admissibilitat del tracte discriminatori queda condicionat a la concurrència d'un motiu raonable i proporcionat; això és, que la discriminació no esdevingui una arbitrarietat.

Doncs be, el propi Tribunal de Justícia de la Unió Europea posa de manifest en la sentència esmentada que tant els centres d'iniciativa social com els d'iniciativa empresarial persegueixen la mateixa finalitat de garantir l'ocupació remunerada a les persones amb discapacitat i constitueixen un medi per introduir el major nombre possible de persones al règim d'ocupació ordinària; essent així que ambdós tipus de centres han de garantir una reserva mínima del 70 % de la plantilla per aquestes persones.

Per tant, des de la perspectiva de la finalitat que justifica la reserva de contractes que informa la Directiva, en una primera aproximació es pot constatar que ambdós tipus de centres es troben en la mateixa situació.

Així doncs, des de la perspectiva de la doctrina del principi d'igualtat, en allò que es refereix a la finalitat, un i altre tipus de centre especial d'ocupació son homogenis.

A partir d'aquesta constatació es tracta de determinar en si la discriminació troba una justificació raonable i proporcionada.

En la sentència esmentada el tribunal europeu entén que es tracta de determinar si les característiques diferencials dels centres d'iniciativa social estan en condicions de posar en pràctica de forma mes eficaç l'objectiu d'integració social; això és que aquests centres maximitzen el valor social de llur actuació a partir de circumstàncies com ara l'absència d'afany de lucre, la reinversió de tots els beneficis en la finalitat d'integració que els justifica, o la seva governança a partir de principis democràtics i participatius. Uns factors que poden permetre un major impacte social i millors possibilitats d'integració del col·lectiu al que s'adrecen.

Pel que fa al principi de proporcionalitat el TJUE posa de manifest que tant el requeriment referit a la participació directa o indirecta d'un mínim del 50% d'entitats sense ànim de lucre com l'obligació de reinvertir la totalitat dels beneficis en la finalitat que és pròpia del centre semblen adequats per garantir que els centres especials de d'ocupació d'iniciativa social centrin el seu objectiu principal en la inserció de persones amb discapacitat o desfavorides.

Arribats a aquest punt cal destacar que en aquest cas la restricció no prové pròpiament de la resolució impugnada. Estem davant d'una limitació introduïda en una norma amb rang de Llei, norma que l'Ajuntament d'Amposta es va limitar a aplicar.

Per tant, el que es planteja pròpiament és l'eventual inconstitucionalitat de la Llei 9/17, en aquest cas per infracció del principi d'igualtat, específicament en haver introduït una discriminació entre els centres especials d'ocupació no justificada racionalment o que resulti desproporcionada.

Tradicionalment s'ha admès a les normes un àmbit de llibertat de configuració que és inherent a la funció legislativa i que imposa una pauta de deferència i respecte, mes si es tracta d'una norma amb rang formal de Llei, com és el cas.

En el mateix sentit la sentència dictada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea admet que els Estats membres disposen d'una àmplia facultat d'apreciació pe definir les mides que permetin aconseguir l'objectiu que determina la pròpia Directiva, en aquest cas la protecció i foment de l'ocupació de les persones amb disminució.

En allò que es refereix als límits de la Llei, que és allò que ací es planteja, s'ha pronunciat la sentència núm. 128/2009 del Tribunal Constitucional en els següents termes:

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).

Doncs be, certament estem en aquest cas davant una excepció a uns principis que son estructurals en l'ordenament contractual públic europeu, com ara els principis d'igualtat dels operadors econòmics i competència, de forma que correspon una interpretació restrictiva. Una interpretació que ha de respondre al sentit de la mateixa excepció, que no rau en afavorir a un tipus d'entitats sinó una concreta finalitat que és facilitar la integració laboral dels col·lectius de persones desafavorides, en aquest cas les persones amb disminució.

Dit això, si be és legítim el dubte de l'actora sobre la raonabilitat de la discriminació de la que han estat objecte els centres especials d'ocupació que no siguin d'iniciativa social, l'opció del legislador no es presenta com arbitrària o mancada de justificació considerant que la discriminació es fonamenta en la garantia del perfil social de les entitats i, especialment, l'obligació de reinversió dels resultats de l'activitat en la pròpia finalitat d'integració de persones amb disminució. Unes característiques que inicialment permeten preveure una dedicació més intensa i una major eficàcia de la reserva de contractes en ordre a la finalitat que la justifica.

Les anteriors consideracions ens porten a desestimar aquest recurs

#### **QUART.- Costes processals.**

L'article 139 de la Llei jurisdiccional disposa la imposició de les costes processals a la part que vegi desestimades llurs pretensions. Llevat que es motivi al no procedència de les mateixes, que és el que succeeix en aquest cas atesos els dubtes que podia aixecar la discriminació que és objecte d'aquest recurs.

Atesos els fonaments esmentats,

**HEM RESOLT**

**Primer.-** Desestimar el recurs interposat per la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), tot confirmant la resolució impugnada.

**Segon.-** No efectuar pronunciament sobre les costes processals

Notifiqueu aquesta sentència, que no és ferma. Contra la mateixa es pot deduir, si s'escau, recurs de cassació davant d'aquesta Sala de conformitat amb allò que es disposa a la secció 3<sup>a</sup>, capítol III, títol IV de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció contenciós administrativa (LJCA). El recurs s'haurà de preparar en el termini previst a l'article 89.1 LJCA.

Alhora, s'adverteix que al BOE nº 162, de 16 de juliol de 2016, apareix publicat l'acord de 20 d'abril de 2016 de la Sala de govern del Tribunal Suprem sobre l'extensió màxima i altres condicions extrínseques dels escrits processals referits al recursos de cassació.

Porteu-ne testimoniatge a les actuacions principals.

Així, per aquesta nostra sentència, ho pronunciem, manem i signem.

**PUBLICACIÓ.-** El dia d'avui i en audiència pública, l'Il·lm. Sr. Magistrat Ponent ha llegit i publicat la sentència anterior. En dono fe.