



INFORME FUNCIÓN CONSULTIVA FC 3/2020.- CONSULTA SOBRE CENTROS ESPECIAIS DE EMPREGO

Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente.
D. Daniel Neira Barral, vocal-secretario.

En Santiago de Compostela, ao 28 de decembro de 2020

Vista a solicitude de Informe presentada o día 13 de outubro de 2020 pola Confederación Nacional de Centros Especiais de Emprego (CONACEE) e a Asociación para a Promoción de actividades de Integración Socio Laboral e Centros Especiais de Emprego (ASPAIS), relativa ás medidas que podían ser restritiva de competencia en materia de contratación pública subvencións e convenios colectivos en relación cos Centros Especiais de Emprego (CEE) de iniciativa privada coa composición expresada e sendo relator D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente, na súa reunión celebrada o 28 de decembro de 2020, acordou emitir o presente Informe ao abeiro do disposto nos artigos 7.1 e do disposto no artigo 26.2 b), do Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e apróbanse os seus Estatutos.

Sinalar que a Comisión Galega da Competencia (CGC) é a encargada da aplicación na Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, segundo os criterios establecidos pola Lei 1/2002, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia e, por tanto, correspóndelle non só labores de defensa da competencia senón tamén de promoción da competencia efectiva dos mercados da Comunidade Autónoma de Galicia e tamén a de informar sobre cuestións relativas á defensa da competencia a solicitude de asociacións de empresarios ou de produtores.

O presente Informe resume a propia experiencia da CGC, a da Comisión Nacional de Mercados e a Competencia (CNMC) e a doutras Autoridades que forman parte do sistema español de defensa da competencia e os pronunciamentos xudiciais adoptados na materia.

I.- ANTECEDENTES

1.- O 13 de outubro de 2020 recibíuse nesta Comisión Galega da Competencia solicitude de informe presentado pola Confederación Nacional de Centros Especiais de Emprego



(CONACEE) e a Asociación para a Promoción de actividades de Integración Socio Laboral e Centros Especiais de Emprego (ASPAIS) en relación medidas que podían ser restritivas de competencia en materia de contratación pública subvencións e convenios colectivos en relación cos Centros Especiais de Emprego (CEE) de iniciativa privada.

2.- Na referida comunicación solicitábase informe da Comisión Galega da Competencia (CGC) respecto de a posible existencia de medidas restritivas respecto dos CEE que non sexan de iniciativa social en materia de contratación pública, subvencións e axudas públicas e relacións laborais (convenios colectivos)

II.- MARCO XURÍDICO DOS CEE

Os CEE son operadores da chamada economía social que naceron coa finalidade de, por unha banda, asegurar un emprego remunerado e a prestación de servizos que requiran os seus traballadores discapacitados e, por outro, de ser un instrumento de incorporación destas persoas ao mundo laboral contribuíndo, con iso, á súa integración na sociedade garantindo a igualdade de oportunidades.

No ano 1982 a Lei 13/1982, do 7 de abril, de integración social dos discapacitados (derrogada polo Real Decreto Legislativo 1/2013, do 29 de novembro) dispoñía no seu artigo 41 que os discapacitados que por razón da natureza ou das consecuencias das súas minusvalías non puidesen exercer unha actividade laboral nas condicións habituais, deberían ser empregados en Centros Especiais de Emprego. Posteriormente, o Real Decreto 1368/1985 do 17 de xullo, regulou a relación laboral de carácter especial dos discapacitados que traballen nos Centros Especiais de Emprego, quedando excluídas do seu ámbito de aplicación as relacións laborais existentes entre os CEE e o persoal non discapacitado que preste os seus servizos nos mesmos e os traballadores discapacitados que presten os seus servizos noutro tipo de Empresas

Ese mesmo ano o Real Decreto 2273/1985, do 4 de decembro, polo que se aproba o Regulamento dos Centros Especiais de Emprego definiu no seu artigo 1 aos Centros Especiais de Emprego como:

“(...) aqueles cuxo obxectivo principal sexa o de realizar un traballo produtivo, participando regularmente nas operacións do mercado, e tendo como finalidade o asegurar un emprego remunerado e a prestación de servizos de axuste persoal e social que requiran os seus traballadores discapacitados, a réxime de traballo normal.

Uns anos máis tarde, o Real Decreto Legislativo 1/2013, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei xeral dos dereitos das persoas con discapacidade e a súa inclusión social, tamén definiu nos apartados 1 e 2 do seu art. 43 o que son os CEE para a inclusión laboral das persoas con discapacidade ao sinalar que:

1. Os centros especiais de emprego son aqueles cuxo obxectivo principal é o de realizar unha actividade produtiva de bens ou de servizos, participando regularmente nas operacións do mercado, e teñen como finalidade o asegurar un emprego remunerado para as persoas con discapacidade; á vez que son un medio de inclusión do maior número destas persoas no réxime de emprego ordinario. Igualmente, os centros especiais de emprego deberán prestar, a través das unidades de apoio, os servizos de axuste persoal e social que requiran as persoas traballadoras con discapacidade, segundo as súas circunstancias e conforme ao que se determine regulamentariamente.



2. O persoal dos centros especiais de emprego estará constituída polo maior número de persoas traballadoras con discapacidade que permita a natureza do proceso produtivo e, en todo caso, polo 70 por 100 daquela. A estes efectos non se contemplará o persoal sen discapacidade dedicado á prestación de servizos de axuste persoal e social. Entenderanse por servizos de axuste persoal e social os que permitan axudar a superar as barreiras, obstáculos ou dificultades que as persoas traballadoras con discapacidade dos centros especiais de emprego teñan no proceso de incorporación a un posto de traballo, así como na permanencia e progresión no mesmo. Igualmente atoparanse comprendidos aqueles dirixidos á inclusión social, cultural e deportiva.

A principal das características destes CEE é que, como mínimo, o 70% do seu persoal deberá estar composta por persoas con discapacidade.

Os CEE son tamén empresas que constitúen parte da chamada economía social, de acordo co previsto no artigo 5 da Lei 5/2011, do 29 de marzo, de Economía Social que sinala que forman parte da mesma:

“(...) as cooperativas, as mutualidades, as fundacións e as asociacións que leven a cabo actividade económica, as sociedades laborais, as empresas de inserción, os centros especiais de emprego, as confrarías de pescadores, as sociedades agrarias de transformación e as entidades singulares creadas por normas específicas que se rexan polos principios establecidos no artigo anterior”

Esta Lei 5/2011 que estableceu un marco xurídico común a todas as entidades que forman parte da economía social con independencia da regulación específica de cada unha delas, sinala que se entende como economía social ao conxunto das actividades económicas e empresariais que no ámbito privado levan a cabo aquelas entidades que perseguen ben o interese colectivo dos seus integrantes, ben o interese xeral económico ou social, ou ambos de conformidade cos principios de primacía das persoas e do fin social sobre o capital; de aplicación dos resultados en función do traballo achegado polas socias e socios ou polos seus membros e, no seu caso, ao fin social obxecto da entidade; de promoción da solidariedade interna e coa sociedade e de independencia respecto a os poderes públicos.

Todos os Centros Especiais de Emprego son, por tanto, operadores económicos que naceron coa finalidade, por unha banda, de asegurar un emprego remunerado e a prestación de servizos que requiran os seus traballadores discapacitados e, por outro, de constituír un medio de inclusión do maior número destas persoas no réxime de emprego ordinario.

III.- REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

III.1.- Formulación da cuestión e marco legal

Na consulta presentada por CONACEE e ASPAIS expoñen á CGC a análise, desde o punto de vista de competencia, da normativa contida na Lei de contratos do sector público, Lei 9/2017, do 8 de novembro pola que se transponía ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (LCSP) no que se refire aos contratos reservados na súa Disposición adicional cuarta.



No que a este Informe interesa, a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello do 26 de febreiro de 2014 sobre contratación pública establece no seu artigo 20 o seguinte:

Contratos reservados

“1. Os Estados membros poderán reservar o dereito para participar nos procedementos de contratación a talleres protexidos e operadores económicos cuxo obxectivo principal sexa a integración social e profesional de persoas discapacitadas ou desfavorecidas ou prever a execución dos contratos no contexto de programas de emprego protexido, a condición de que polo menos o 30 % dos empregados dos talleres, os operadores económicos ou os programas sexan traballadores discapacitados ou desfavorecidos.

2. A convocatoria de licitación deberá facer referencia ao presente artigo.”

Esta Directiva na súa considerando 36 sinala que

“O emprego e a ocupación contribúen á integración na sociedade e son elementos crave para garantir a igualdade de oportunidades en beneficio de todos. Neste contexto, os talleres protexidos poden desempeñar un importante papel. O mesmo pode dicirse doutras empresas sociais cuxo obxectivo principal é apoiar a integración social e profesional ou a reintegración de persoas discapacitadas ou desfavorecidas, como os desempregados, os membros de comunidades desfavorecidas ou outros grupos que dalgún modo están socialmente marxinados. Con todo, en condicións normais de competencia, estes talleres ou empresas poden ter dificultades para obter contratos. Convén, por tanto, dispoñer que os estados membros poidan reservar a este tipo de talleres ou empresas o dereito para participar nos procedementos de adxudicación de contratos públicos ou de determinados lotes dos mesmos ou a reservar a súa execución no marco de programas de emprego protexido”¹.

Esta Directiva 2014/24/UE derogou a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello do 31 de marzo de 2004 sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos, que xa contemplaba no seu artigo 19 a figura dos contratos reservados ao sinalar que:

“Os Estados membros poderán reservar a participación nos procedementos de adxudicación de contratos públicos a talleres protexidos ou reservar a súa execución no marco de programas de emprego protexido, cando a maioría dos traballadores afectados sexan persoas discapacitadas que, debido á índole ou á gravidade das súas deficiencias, non poidan exercer unha actividade profesional en condicións normais.

A presente disposición deberá mencionarse no anuncio de licitación”².

¹ Énfasis en negra engadida nesta Resolución que non existe no texto orixinal

² A Directiva tiña un prazo de transposición que finalizaba o día 31 de xaneiro de 2006. O artigo 80. 1. da mesma sinalaba que “Os Estados membros poñerán en vigor as disposicións legais, regulamentarias e administrativas necesarias para dar cumprimento ao disposto na presente Directiva como moi tarde o 31 de xaneiro de 2006. Informarán inmediatamente diso á Comisión”. A idea de poñer en marcha un “mercado cativo para un taller protexido do cal non cabe esperar que faga fronte á competencia das empresas comerciais tradicionais cunha produtividade normal” xa o sinalaba o “Libro Verde para a Contratación Pública na Unión Europea: Reflexións para o Futuro”,



En aplicación desta Directiva 2004/18/CE, a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de Contratos do Sector Público incorporou ao noso ordenamento xurídico a figura dos “contratos reservados” en favor dos CEE que non existía na lexislación de contratación ata ese momento³. Así, a Lei 30/2007 regulou na súa Disposición Adicional sétima os “Contratos reservados” dicindo que:

“Poderá reservarse a participación nos procedementos de adxudicación de contratos a Centros Especiais de Emprego, ou reservar a súa execución no marco de programas de emprego protexido, cando polo menos o 70 por cento dos traballadores afectados sexan persoas con discapacidade que, debido á índole ou á gravidade das súas deficiencias, non poidan exercer unha actividade profesional en condicións normais. No anuncio de licitación deberá facerse referencia á presente disposición”⁴

Foi, por tanto, a transposición ao ordenamento xurídico español da Directiva 2004/18/CE a razón da aparición no noso dereito desta reserva de contratos en favor dos CEE.

O posterior Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aprobou o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP) mantivo na súa Disposición adicional Quinta a figura dos contratos reservados co mesmo texto normativo.

O contido desta Disposición Adicional Quinta modificouse pola Lei 31/2015, do 9 de setembro⁵, é dicir, nunha data que era posterior á entrada en vigor da citada Directiva 2014/24/UE⁶ pero anterior a que finalizase o prazo para a súa transposición⁷. Pola modificación introducida por esta Lei a reserva destes contratos, que tiña carácter potestativo, convértese en obrigatoria. O que non se modifica é a aplicación da reserva, que continúa sendo a favor de todos a CEE sen exclusión.

“Disposición Adicional Quinta

1. Mediante Acordo do Consello de Ministros ou a través do órgano competente no ámbito das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais, fixaranse porcentaxes mínimas de reserva do dereito para participar nos procedementos de adxudicación de determinados contratos ou de determinados lotes dos mesmos a Centros Especiais de Emprego e a empresas de inserción reguladas na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción, que cumpran cos requisitos establecidos en dicha normativa para ter esta consideración, ou unha porcentaxe mínima de reserva da execución destes

publicado en 1996.

³ Esta figura dos “contratos reservados” en favor de operadores da economía social non aparecía nin no Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño; nin na Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas nin na Lei de contratos do estado de 1965.

⁴ O contido desta Disposición Adicional xa aparecía no proxecto de Lei presentado ao Congreso dos Deputados. Proxecto de Lei 121/000095 Contratos do Sector Público en Boletín Oficial das Cortes Xerais Serie A: 8 de setembro de 2006 Núm. 95-1, p. 1 e ss.

⁵ pola que se modifica e actualiza a normativa en materia de autoemprego e adóptanse medidas de fomento e promoción do traballo autónomo e da Economía Social.

⁶ Artigo 93 Entrada en vigor “A presente Directiva entrará en vigor aos vinte días da súa publicación no Diario Oficial da Unión Europea”, publicación que se produciu o 28 de marzo de 2014.

⁷ Artigo 90. 1 Transposición e disposicións transitorias “Os Estados membros poñerán en vigor as disposicións legais, regulamentarias e administrativas necesarias para dar cumprimento ao establecido na presente Directiva como moi tarde o 18 de abril de 2016”.



contratos no marco de programas de emprego protexido, a condición de que polo menos o 30 por cento dos empregados dos Centros Especiais de Emprego, das empresas de inserción ou dos programas sexan traballadores con discapacidade ou en risco de exclusión social.

No referido Acordo do Consello de Ministros ou a través do órgano competente no ámbito das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais, fixaranse as condicións mínimas para garantir o cumprimento do establecido no parágrafo anterior.

2. No anuncio de licitación deberá facerse referencia á presente disposición”.

A Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, que traspón ao ordenamento xurídico español a Directiva 2014/24/UE, introduce na regulación española a novidade de excluír deses contratos reservados a un grupo de CEE, os CEE que non sexan de iniciativa social. Así a Disposición adicional cuarta dispón que:

“Disposición adicional cuarta. Contratos reservados.

*1. Mediante Acordo do Consello de Ministros ou do órgano competente no ámbito das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais, **fixaranse porcentaxes mínimas de reserva do dereito para participar nos procedementos de adxudicación de determinados contratos ou de determinados lotes dos mesmos a Centros Especiais de Emprego de iniciativa social** e a empresas de inserción reguladas, respectivamente, no texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, do 29 de novembro, e na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción, que cumpran cos requisitos establecidos en dicha normativa para ter esta consideración, ou unha porcentaxe mínima de reserva da execución destes contratos no marco de programas de emprego protexido, a condición de que a porcentaxe de traballadores con discapacidade ou en situación de exclusión social dos Centros Especiais de Emprego, das empresas de inserción ou dos programas sexa o previsto na súa normativa de referencia e, en todo caso, polo menos do 30 por 100.*

No referido Acordo do Consello de Ministros ou do órgano competente no ámbito das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais, fixaranse as condicións mínimas para garantir o cumprimento do establecido no parágrafo anterior.

O Acordo de Consello de Ministros a que se refire este apartado deberá adoptarse no prazo máximo dun ano para contar desde a entrada en vigor desta Lei. Se transcorrido este prazo o Acordo de Consello de Ministros non se adoptou, os órganos de contratación do sector público estatal deberán aplicar a porcentaxe mínima de reserva de 7 por cento, que se incrementará ata un 10 por cento aos catro anos da entrada en vigor desta Lei, sobre o importe global dos procedementos de adxudicación de subministracións e servizos incluídos nos códigos CPV recolleitos no anexo VIN celebrados no exercicio anterior a aquel ao que se refira a reserva, nos termos indicados no primeiro parágrafo deste apartado.

2. No anuncio de licitación deberá facerse referencia á presente disposición.



3. Nos procedementos de contratación nos que se aplique a reserva que establece esta disposición adicional non procederá a esixencia da garantía definitiva a que se refire o artigo 107 desta Lei, salvo nos casos nos que o órgano de contratación, por motivos excepcionais, considéreo necesario e así o xustifique motivadamente no expediente”⁸.

Para delimitar que son esta nova categoría dos Centros Especiais de Emprego de iniciativa social aos que se refire a LCSP, a Disposición Final Décimo cuarta desta mesma Lei 9/2017 modificou o Texto Refundido da Lei Xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, engadindo un apartado 4º ao artigo 43 co seguinte texto:

(...) 4. Terán a consideración de Centros Especiais de Emprego de iniciativa social aqueles que cumprindo os requisitos que se establecen nos apartados 1.º e 2.º deste artigo son promovidos e participados en máis dun 50 por cento, directa ou indirectamente, por unha ou varias entidades, xa sexan públicas ou privadas, que non teñan ánimo de lucro ou que teñan recoñecido o seu carácter social nos seus Estatutos, xa sexan asociacións, fundacións, corporacións de dereito público, cooperativas de iniciativa social ou outras entidades da economía social, así como tamén aqueles cuxa titularidade corresponde a sociedades mercantís nas que a maioría do seu capital social sexa propiedade dalgunha das entidades sinaladas anteriormente, xa sexa de forma directa ou ben indirecta a través do concepto de sociedade dominante regulado no artigo 42 do Código de Comercio, e sempre que en todos os casos nos seus Estatutos ou en acordo social obríguense á reinversión íntegra dos seus beneficios para creación de oportunidades de emprego para persoas con discapacidade e a mellora continua da súa competitividade e da súa actividade de economía social, tendo en todo caso a facultade de optar por reinvestilos no propio centro especial de emprego ou noutros centros especiais de emprego de iniciativa social.”

Polo tanto, a lei 9/2017 introduce unha novidade, non prevista nin contemplada no texto da Directiva 2014/24/UE trasposta, en relación cos contratos reservados ao excluír dos mesmos aos Centros Especiais de Emprego que non encaixen na categoría definida pola mesma lei como de interese social. Así, por unha banda, na Disposición Adicional Cuarta exclúe, *ope legis*, do dereito para participar nos procedementos de adxudicación de determinados contratos ou de determinados lotes dos mesmos aos Centros Especiais de Emprego de iniciativa privada e, doutra banda, na Disposición Final Décimo cuarta, delimita o concepto de CEE de iniciativa social e determina os que van ser incluídos nese concepto para os efectos de ser beneficiario do dereito para participar neses procedementos de adxudicación reservados e excluídos, por iso, do proceso de libre concorrência. É esta unha novidade que non está prevista nin na Directiva 2014/24/UE que se traspón nin se regulou nas anteriores reformas lexislativas en materia de contratación pública no noso dereito.

A determinación de se esta exclusión afecta negativamente á concorrência e competencia no aprovisionamento público desde o punto de vista de competencia, será obxecto deste Informe. Pero temos que indicar que esta cuestión (compatibilidade da regulación dos contratos reservados na Lei 9/2017 co artigo 20 da Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014) foi obxecto dunha

⁸ Énfase en negra engadida nesta Resolución que non existe no texto orixinal



cuestión prexudicial ante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TJUE)⁹, pendente aínda de resolución e que será quen de forma definitiva decidirá o tema.

III.2. Visión desde o punto de vista de competencia

A regulación dos contratos reservados aos CEE prevista na Disposición adicional cuarta da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspón ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 expón moitas dúbidas do seu axuste aos principios que regulan o dereito da competencia.

Sobre este asunto xa se pronunciou a Autoridade Catalá da Competencia (ACCO) no seu documento *“Consideracións da ACCO sobre a exclusión dos Centros Especiais de Traballo do ámbito dos contratos reservados da LCSP”* CO 211/2020- *Centros especiais de traballo*, co que o Pleno desta CGC coincide nas súas apreciacións.

A redacción da actual Disposición adicional cuarta sobre os contratos reservados ao excluír a un tipo de CEE dos contratos reservados, implica a expulsión dunha parte dos operadores que ata a data participara nesas licitacións co que se reduce o universo, xa de por se reducido, dos licitadores que poden concorrer a ese tipo de contratos.

A figura dos contratos reservados, na medida en que limitan o acceso de operadores á contratación pública reducindo o nivel de concorrente e de competencia, non é algo que desde as autoridades de competencia pódese estimar como favorable salvo que existan razóns xustificadas, en termos de necesidade e proporcionalidade, que o xustifiquen como poden ser as de natureza social, pero tendo en conta que iso debe de ser sempre de carácter moi limitado.

Neste sentido a CNMC sinalou no seu Informe sobre o Anteproxecto de Lei de Contratos do Sector Público que:

“(...) A CNMC considera que a contratación pública non é o instrumento correcto para o cumprimento dos obxectivos sociais comúns incluídos nas Directivas e no APL. É evidente que existen outros máis apropiados e, no seu caso, menos distorsionadores a priori da competencia: exencións fiscais, modificacións regulamentarias. Adicionalmente, isto leva a expor de forma sistemática a necesaria coordinación dos instrumentos utilizados e da coherencia das políticas públicas nas que se asintan.

(...) recoméndase tomar consciencia de que a utilización da contratación pública para alcanzar obxectivos políticos secundarios pode ter efectos negativos sobre o obxectivo primario do aprovisionamento (eficiencia no gasto e competencia) polo que debe ponderarse adecuadamente a conveniencia de tal decisión caso por caso¹⁰.

⁹ Asunto C-598/19. Mediante auto de data 17 de xullo de 2019 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal de Xustiza do País Vasco (rec. 626/2018). A cuestión prejudicial que se expuxo foi a seguinte: “Se o artigo 20 da Directiva 2014/24/UE sobre contratación debe interpretarse no sentido de que o alcance subxectivo da reserva previsto polo mesmo non pode ser delimitado en termos que exclúan do seu ámbito de aplicación a empresas ou operadores económicos que acrediten o requisito de que, polo menos, o 30 % dos seus empregados sexan persoas discapacitadas e cumpran a finalidade ou obxectivo de integración social e profesional desas persoas, mediante a fixación de requisitos adicionais relacionados coa constitución, carácter e fins dos devanditos suxeitos, coa súa actividade ou investimentos, ou doutra clase.”

¹⁰ En liña coas recomendacións da OCDE a este respecto. Vid.: OECD 2015 Recommendation of the Council on Public Procurement.



A existencia desoutro obxectivo de interese público (ambiental, social...) é unha condición necesaria pero non suficiente para estimar a necesidade, adecuación e proporcionalidade da medida. Unha vez identificado o obxectivo, resulta necesario asegurarse de que a medida en cuestión ten un nexo causal coa mesma. É dicir, que verdadeiramente contribúe a resolver o problema que pretende solucionar e que o vai a realizar coa mínima distorsión posible para a competencia, o cal devén fundamental”¹¹.

Tamén a ACCO no citado documento sobre a exclusión dos Centros Especiais de Traballo do ámbito dos contratos reservados da LCSP ¹² afirma que:

“En xeral, para as autoridades de competencia, a propia existencia de contratos reservados a favor de determinados operadores, con exclusión dos demais, supón unha excepción ao principio xeral do libre acceso á contratación de todos os operadores económicos con independencia da súa forma ou características legais ou organizativas; por iso, desde unha perspectiva de competencia, o recurso a este tipo de procedementos, recoñecendo que constitúen unha forma aceptada de discriminación positiva baseada en motivos de carácter social, debería ser limitado ao mínimo posible”.

A necesidade de que na contratación pública se apliquen estes principios de non discriminación e dunha competencia efectiva, recólleos a propia Directiva 2014/24/UE no seu artigo 18.1 ao afirmar que:

“1. Os poderes adjudicadores tratarán aos operadores económicos en pé de igualdade e sen discriminacións, e actuarán de maneira transparente e proporcionada.

A contratación non será concibida coa intención de excluila do ámbito de aplicación da presente Directiva nin de restrinxir artificialmente a competencia. Considerarase que a competencia está artificialmente restrinxida cando a contratación concibiuse coa intención de favorecer ou prexudicar indebidamente a determinados operadores económicos”

Pero estes principios contidos na Directiva admiten matizacións que xustifican, no seu caso, a aplicación da limitación concurrencial en materia de contratación pública como, en relación cos contratos reservados, expresa no seu considerando 36 ao sinalar que:

“O emprego e a ocupación contribúen á integración na sociedade e son elementos crave para garantir a igualdade de oportunidades en beneficio de todos. Neste contexto, os talleres protexidos poden desempeñar un importante papel. O mesmo pode dicirse doutras empresas sociais cuxo obxectivo principal é apoiar a integración social e profesional ou a reintegración de persoas discapacitadas ou desfavorecidas, como os desempregados, os membros de comunidades desfavorecidas ou outros grupos que dalgún modo están socialmente marxidados. Con todo, en condicións normais de competencia, estes talleres ou empresas poden ter dificultades para obter contratos. Convén, por tanto, dispoñer que os estados membros poidan reservar a este tipo de talleres ou empresas o dereito para participar nos procedementos de adjudicación de contratos públicos ou de determinados lotes dos mesmos ou a reservar a súa execución no marco de programas de emprego protexido”.

¹¹ IPN/CNMC/010/15 Anteproxecto de Lei de contratos do sector público

¹² CO 211/2020- Centros especiais de traballo



É por tanto o obxectivo de favorecer ás “empresas sociais” cuxa finalidade principal é “*apoiar a integración social e profesional ou a reintegración de persoas discapacitadas*” é a razón pola que a Directiva establece esta discriminación positiva en favor desas empresas. Debemos de ter en conta que a política social europea ten entre as súas finalidades a integración laboral das persoas discapacitadas o que permite a adopción de medidas en favor das mesmas de acordo co artigo 153 do TFUE.

Pero esta finalidade de apoiar a integración laboral das persoas con discapacidade cumpren todos os Centros Especiais de Emprego de acordo coa definición que deles establece tanto o Real Decreto Lexislativo 1/2013 como o Real Decreto 2273/1985 e, por iso, aínda que a función de garante da transposición correcta da Directiva 2014/24/UE ao ordenamento xurídico español corresponde ao TJUE e a decisión á cuestión prexudicial que se expuxo en relación cos contratos reservados determinará a corrección ou non da transposición do art. 20 da Directiva 2014/24/UE, esta Comisión Galega da Competencia non pode deixar de dar a súa parecer sobre a alternativa elixida polo lexislador español de excluír destes “contratos reservados” a unha parte dos CEE, e iso desde o punto de vista da limitación que isto significa á concorrencia no aprovisionamento público nuns contratos, os contratos reservados, nos que xa de por se a concorrencia está moi limitada.

Sobre este tema, ademais da posición manifestada pola ACCO, pronunciáronse tamén órganos resolutorios de recursos en materia de contratación administrativa, e fixérono no sentido de considerar que a Disposición Adicional cuarta da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público é totalmente compatible co artigo 20 da Directiva 2014/24/UE.

Así a Resolución 100/2018 do 13 de agosto, do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais da Comunidade Autónoma de Euskadi (OARC) ante un recurso especial en materia de contratación no que se alegou que a Disposición Adicional cuarta da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público que acouta a posibilidade de reserva de determinados contratos ou determinados lotes aos centros especiais de emprego “de iniciativa social”, deixando ao resto de Centros Especiais de Emprego sen a posibilidade de acceder a tales contratos, son contrarias ao sentido e finalidade da Directiva 2014/24/UE sinala que:

“(...) unha vez tomada a opción de transposición, o lexislador goza dunha marxe de discrecionalidade á hora de definir e concretar no dereito interno o que se entenderá por “operadores económicos cuxo obxectivo principal sexa a integración social e profesional de persoas discapacitadas ou desfavorecidas”. A existencia de devandito ampla marxe descarta que nos achemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo.

Tamén se ha de descartar que na transposición traspasáronse os límites da marxe de apreciación do que dispón o estado membro. Neste sentido, debe terse en conta que o Considerando 36 da Directiva 2014/24, ao xustificar a razón desta reserva de contratos a favor de determinadas entidades refírese expresamente a “empresas sociais”; concepto que carece no Dereito da Unión Europea dunha definición unívoca que deban respectar en todo caso os Ordenamentos nacionais e ao que as distintas tradicións lingüísticas, culturais e xurídicas dos países membros asignaron significados diferentes. Así, a Comisión Europea ha proposto, no documento “Iniciativa en favor do emprendemento social” (COM(2011) 682 final), unha descrición baseada en principios comúns á maioría dos Estados membros, cuxa diversidade de opcións políticas, económicas e sociais quere



respetar; de feito, sinala que tales principios comúns, similares por certo aos agora recollidos no TRGLDPD, aluden aos operadores (i) para os cales o obxectivo social de interese común é a razón de ser da acción comercial, que se traduce a miúdo nun alto nivel de innovación social, (ii) cuxos beneficios se reinvesten principalmente na realización deste obxectivo social e (iii) cuxo modo de organización ou réxime de propiedade, baseados en principios democráticos ou participativos ou orientados á xustiza social, son reflexo da súa misión.

Finalmente, sinalar que non caben ser estimadas as alegacións de que a reserva efectuada a favor dos centros especiais de emprego de iniciativa social é discriminatoria e contraria á competencia, xa que o propio Considerando 36 da Directiva 2014/24/UE considéranos un instrumento necesario para garantir a igualdade de oportunidades.

Por todo iso, non cabe entender que o artigo 20.1 goce do efecto directo que invoca o recorrente, que pretende que dita norma impón a consideración de que necesariamente deben incluírse no ámbito da norma de transposición as empresas de inserción de iniciativa empresarial”

Na posterior Resolución 130/2018 do 4 de outubro a OARC, estendéndose na argumentación anterior, engade o seguinte:

“d) Sobre a discriminación dos Centros Especiais de Emprego distintos dos de iniciativa social

Finalmente, hai que sinalar que non cabe estimar a alegación de que a reserva efectuada a favor dos centros especiais de emprego de iniciativa social é discriminatoria e contraria á competencia. Como ben explica o citado Considerando 36 da Directiva 2014/24/UE, a reserva xa é, de seu, unha discriminación positiva que supón unha excepción, xustificada por razóns sociais, aos principios de igualdade de trato, libre acceso ás licitacións e libre competencia nos que se basea o Dereito da Unión en materia de contratación pública; a partir de aí, o lexislador limitouse a determinar o ámbito subxectivo da devandita discriminación positiva, e a xuízo deste OARC / KEAO, hao de modo conforme á Directiva”.

Estes mesmos argumentos son utilizados pola OARC nas resolucións do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público nº 202/2018, do 10 de outubro, e nas do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León 108/2018 e 109/2018 ambas as do 15 de novembro de 2018. Esta última sinala que:

“(…) o lexislador español ha feito uso da facultade de trasposición aberta pola Directiva 2014/24/UE, no seu artigo 20, que carece de efecto directo, e con respecto dos límites que establece, o que descarta unha eventual discriminación dos CEE de iniciativa empresarial”.

Tamén se pronunciou neste mesmo sentido o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais nas Resolucións 860/2018 do 1 de outubro, 914/2018 do 11 de outubro e 519/2019 do 9 de maio nas que afirma

“A libre competencia segue sendo o alicerce fundamental da lexislación comunitaria e da contratación pública no noso Dereito interno. Neste caso, o único que se fai é especificar unha categoría determinada de operadores económicos de carácter social que poden acceder ao contrato que goza do carácter de



reservado. Iso non quita para que se aplique a libre competencia entre elas, quedando aberta a licitación a calquera empresa que cumpra as condicións do mesmo xeito que en calquera licitación ordinaria. Ademais, as condicións de solvencia técnica e económica, e o resto que se establezan nos pregos, deben seguir cumpríndose como en calquera outro procedemento.

En conclusión, non podemos aceptar a ilegalidade da cláusula do cadro de características do prego impugnado pois non fai senón acollerse aos novos predicamentos que para os beneficiarios dos contratos reservados contempla a Disposición Adicional Cuarta da LCSP, en esencia, o requisito de que devanditos CEE han de ser de iniciativa social para redundar na protección das políticas a favor da integración e o dereito ao traballo das persoas con discapacidade (artigo 43 do Texto Refundido da Lei Xeral de dereitos das persoas con discapacidade)”

Non obstante esas resolucións, desde o Pleno da CGC consideramos máis correcto o criterio recolleito pola ACCO no seu documento “Consideracións da ACCO sobre a exclusión dos Centros Especiais de Traballo do ámbito dos contratos reservados da LCSP” CO 211/2020- Centros especiais de traballo.

En ese documento a ACCO, ante unha consulta similar á exposta a esta CGC, realiza as seguintes afirmacións coas que este Pleno manifesta o seu total acordo:

“(…) non podemos deixar de poñer de manifesto o carácter restritivo da competencia da opción escollida, debido a que limita de maneira considerable a concorrencia de operadores nas licitacións relativas a contratos reservados

Neste sentido, desde unha óptica de boa regulación, cabería analizar se tal opción, -isto é, a exclusión dos CEE de iniciativa privada do ámbito subxectivo da Disposición adicional 4ª da LCSP-, achábase xustificada en base aos principios de necesidade, proporcionalidade e mínima distorsión. Con todo, tal xustificación é descoñecida pola ACCO debido a que, ata onde puido analizar, non constan os motivos que levaron ao lexislador para optar por tal exclusión ou, en sentido contrario, a establecer unha reserva unicamente a favor dunha concreta tipoloxía de CEE, xunto coas empresas de inserción.

(…)

Cabe lembrar que o mantemento dun nivel elevado de concorrencia e competencia nos procesos de contratación pública é un elemento esencial para garantir unha utilización eficiente dos recursos públicos. Neste ámbito, a competencia POLO mercado substitúe a competencia NO mercado, posto que os distintos operadores rivalizan para obter o dereito para explotar ou xestionar uns servizos de maneira exclusiva durante un período de tempo determinado. É dicir, trátase de procesos nos que a competencia se produce no momento da licitación do contrato, no que concorre unha pluralidade de operadores con distintas ofertas de prezo, calidade ou outras características.

Por iso, cando a unha licitación non pode acceder o maior número posible de licitadores, como sucede no caso dos contratos reservados, necesariamente a rivalidade entre operadores diminúe e a administración ve limitadas as súas posibilidades de elección, polo que se reducen os incentivos para lograr unha asignación eficiente dos recursos públicos (tanto en termos de prezo como respecto de a calidade do servizo).



Se, ademais, a reserva formúlase, desde o punto de vista da posible concorrencia, nuns termos tan estreitos (basicamente en función de quen exerce a iniciativa – é dicir, iniciativa social ou iniciativa privada ou empresarial-) como os establecidos na Disposición adicional 4ª da LCSP, o universo de eventuais licitadores interesados na obtención do contrato redúcese aínda máis, sen que iso estea suficientemente xustificado en termos de necesidade e proporcionalidade.

En termos de funcionamento de mercado, a Disposición adicional 4ª da LCSP supón a alteración da condicións de competencia no mercado debido a que tanto os CEE de iniciativa social como os de iniciativa privada responden á mesma finalidade ou obxectivo público de inclusión social. O respecto ao principio de neutralidade competitiva aconsellaría non efectuar distincións no trato que reciben os operadores segundo se estes teñen ánimo de lucro ou recoñecido o carácter social nos seus Estatutos ou non o teñen.

É evidente, pois, que dun baixo ou deficiente nivel de concorrencia e competencia nas licitacións públicas non só resultará afectado o funcionamento competitivo do mercado, senón tamén a propia administración pública (e, por tanto, todos os contribuíntes) quen, moi probablemente, pagará un prezo máis elevado, e/ou recibirá un servizo de peor calidade”

Como vimos, ata a actual LCSP non existía ningunha exclusión de ningún tipo de CEE no ámbito dos contratos que están reservados a estes operadores económicos, de acordo coa idea de que a finalidade desa reserva era, por unha banda, asegurar un emprego remunerado e a prestación de servizos aos traballadores discapacitados e, por outro, constituír un instrumento de incorporación destas persoas ao mundo laboral. Por iso, era o traballador discapacitado o destinatario, o elemento determinante e xustificativo da exclusión do xogo da libre concorrencia neses chamados “contratos reservados” con independencia de que ese operador económico (o Centro Especial de Emprego) fose de interese social ou de interese privado.

Coa nova redacción dada a esta Disposición Adicional cuarta pola Lei 9/2017, introdúcense os termos de “interese social” para facelos suxeitos exclusivos dos contratos reservados excluindo da posibilidade de participar aos outros CEE, os de iniciativa privada. A simple redución “*ope legis*” do universo de operadores económicos que poden participar nunha contratación xa de por se limitada como son os contratos reservados, non se pode valorar positivamente desde o punto de vista da competencia polo seu carácter restritivo da mesma e afecta negativamente á concorrencia de operadores económicos no aprovisionamento público.

Pero é que ademais a redución do número de licitadores nos procedementos de contratación supón un custo maior para a administración e, por tanto, para os contribuíntes. A mera posibilidade do coñecemento da posible concorrencia doutros operadores nunha licitación pública, aínda que sexa a través da figura dos contratos reservados, eleva o nivel de competencia e incita aos operadores para axustar os seus custos e ofrecer un prezo máis reducido. En cambio, a redución do universo de posibles operadores concorrentes á licitación pública dun contrato que, como os reservados, son xa de reducida concorrencia, implicará a presenza de poucos concorrentes á licitación e mesmo dun único concorrente o que podería elevaría o prezo do custo dese contrato e/ou unha diminución da súa calidade. Neste sentido a CNMC no seu estudo E/CNMC/004/18 Radiografía dos procedementos de contratación pública en España, sinala que a participación adicional dunha empresa nun lote supón unha redución media do prezo para pagar pola Administración dun 2,1%. Por iso se se reduce a posibilidade de participar aos operadores económicos (neste caso os CEE de iniciativa privada) non só



será unha restrición ao xogo da competencia, senón que tamén supoñerá un incremento do custo do ben ou servizo.

“Unha das variables máis interesante, desde o punto de vista da eficiencia económica, é o importe de adxudicación, que indica o prezo da oferta gañadora do contrato. Na literatura económica, para analizar as ofertas gañadoras das licitacións públicas, recórrese con frecuencia ao coeficiente de adxudicación, que é o cociente entre o importe de adxudicación e o importe da licitación ou ben ao seu complementario, a baixa. Un valor do 80% do coeficiente de adxudicación significa que a empresa gañadora ha realizado unha baixa do 20% respecto ao importe da licitación.

Segundo os datos da mostra, a baixa media tende a aumentar conforme increméntase o número de participantes: nos lotes cun único participante obtense unha baixa media do 3,3%; se a participación ascende a tres operadores entón o desconto medio elévase ata o 12,2%; con 6 participantes a baixa media alcanza o 20,2%, e nos lotes con 10 licitadores, o desconto medio ascende ao 27,1%.

(...)

Os estudos empíricos existentes centráronse principalmente en avaliar o nivel de competencia na contratación pública a partir do número de participantes presentados a cada licitación.

- Destaca a análise pioneira de Brannman et ao (1987), no que se afirma que un maior número de competidores deriva en mellores ofertas e que, baixo circunstancias estándar, o incremento da competencia nunha licitación induce ás empresas para revelar os seus verdadeiros custos.

- Gupta (2002) focaliza a súa investigación no mercado da construción de autoestradas en Florida e conclúe que este se converte en competitivo coa concorrencia de entre 6 e 8 empresas. No seu estudo estima que un aumento de 2 a 6 participantes supón un aforro medio de entre o 9% e o 10%, mentres que este aforro sitúase entre o 12% e o 14% cando o número de participantes increméntase de 2 a 8 empresas.

- Na mesma liña, Estache e Imi (2008) calculan o número de provedores necesarios para que unha licitación sexa suficientemente competitiva en tres sectores concretos de infraestruturas: o sector de construción de estradas, o sector sanitario e da auga e o sector enerxético. Determinan que nos proxectos de construción de estradas e nos do sector sanitario e da auga requírense polo menos 7 empresas por licitación para que os mesmos sexan suficientemente competitivos. Mentres que, no caso do sector eléctrico, son necesarias 3 empresas por licitación, aínda que se destaca que este último resultado é menos conclusivo.

- De maneira máis xeral, a partir do rexistro de licitacións da Autoridade de Contratación Pública turca, Onur et ao (2012) analizan a competencia no aprovisionamento público en Turquía entre 2004 e 2006. Segundo os autores cada licitador adicional reduce o prezo final da licitación nun 3,9% de media. Unha achega interesante deste último estudo é a análise do impacto da apertura das licitacións á participación estranxeira. Estímase que unha licitación aberta á concorrencia estranxeira tende a reducir o custo do aprovisionamento público en aproximadamente un 10%”



En resumo, en materia de contratación pública débense de aplicar os principios de libre acceso á contratación de todos os operadores con independencia da natureza ou características dos mesmos, o principio de non discriminación na licitación e o dunha competencia efectiva, evitando restrinxir artificialmente a competencia. Pero este principio admite excepcións, que permiten a limitación concurrencial nas licitacións públicas por perseguir obxectivos sociais, como é asegurar un emprego remunerado e a prestación de servizos aos traballadores discapacitados e ser, ao mesmo tempo, un instrumento de incorporación destas persoas ao mundo laboral. Esa é a xustificación da existencia da figura dos “contratos reservados” en favor dos Centros Especiais de Emprego na regulación de contratación do noso sector público. O engadir unha restrición maior á posibilidade de concorrer ás licitacións destes “contratos reservados” limitando exclusivamente aos CEE de interese social e por iso reducindo o universo, xa de por se moi limitado, de posibles concorrentes sen que estea xustificado en termos de necesidade nin proporcionalidade afectará o funcionamento competitivo do mercado. Ao perseguir todos a CEE, os de iniciativa social e os de interese privado, a mesma finalidade de integración das persoas discapacitadas o excluír a un deles deses “contratos reservados” vai contra o principio de neutralidade competitiva en materia de contratación pública. A redución da concorrencia nestes contratos, ademais, afectase negativamente o sector público polo incremento de custo do aprovisionamento de bens e servizos que supón a redución de concorrentes neses contratos.

IV.- REGULACIÓN EN MATERIA DE SUBVENCIONS

No seu escrito a Confederación Nacional de Centros Especiais de Emprego (CONACEE) e a Asociación para a Promoción de actividades de Integración Socio Laboral e Centros Especiais de Emprego (ASPAIS) expoñen a posible existencia de discriminación na convocatoria de subvencións pola Xunta de Galicia aos Centros Especiais de Emprego.

En concreto refírense ás subvencións convocadas pola Orde do 9 de xullo de 2020 (DOG 23 de xullo de 2020) pola que se establecen as bases reguladoras de axudas a centros especiais de emprego (CEE) a fin de promover a integración laboral das persoas con discapacidade e procédese á súa convocatoria para as anualidades 2020-2021. O procedemento de concesión destas axudas non ten a consideración de concorrencia competitiva, segundo xustifícase na Orde dado que, de acordo coa finalidade e o obxecto do programa, afirma que non resulta necesario realizar, nun único procedemento, a comparación e a prelación das solicitudes presentadas, senón que a concesión das axudas realízase pola comprobación da concorrencia na entidade solicitante dos requisitos establecidos, e así ata o esgotamento do crédito orzamentario, conforme o previsto no artigo 19.2 da Lei 9/2007, do 13 de xuño, de subvencións de Galicia. A xestión dos programas de axudas realizarase de acordo co artigo 1.2 da Orde conforme aos principios de publicidade, transparencia, concorrencia, obxectividade, igualdade e non discriminación.

Tal e como se sinala no último Informe anual da CNMC sobre axudas públicas¹³, a concesión das mesmas constitúe unha forma de intervención do sector público na economía que, sen prexuízo da persecución de certos obxectivos de interese xeral, se se utiliza de forma innecesaria ou desproporcionada, pode alterar o funcionamento dos mercados, introducir distorsións e ineficiencias e prexudicar a libre competencia e o benestar económico xeral, e lembra que o artigo 8 da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeneral de subvencións dispón que: “Cando os obxectivos que se pretenden conseguir

¹³ Informe da CNMC sobre as axudas públicas en España -2019 IAP/CNMC/001/19



afecten o mercado, a súa orientación debe dirixirse a corrixir fallos claramente identificados e os seus efectos deben ser minimamente distorsionadores.

A Exposición de Motivos desa Orde do 9 de xullo de 2020 sinala que as axudas teñen por finalidade facilitar a integración laboral das persoas con discapacidade, o mellorar a calidade do emprego e o dignificar as condicións de traballo loitando contra a súa discriminación. Neste sentido a Orde sinala textualmente que:

“Do mesmo xeito, a Estratexia de economía social de Galicia recolle como actuacións prioritarias o reforzo dos programas de creación de emprego, con especial atención á integración de colectivos con especiais dificultades, como as persoas con capacidades diferentes e as que están en situación ou risco de exclusión, así como o apoio ás entidades que traballan para a integración laboral destes colectivos. Neste sentido, configúranse as axudas deste texto normativo que ten por obxecto establecer as bases reguladoras e a convocatoria bianual 2020-2021 das axudas a CEE, co fin de garantir a empleabilidade das persoas con discapacidade.”

As entidades beneficiarias das subvencións da Orde do 9 de xullo son os CEE que, na data da solicitude da subvención, figuren inscritos como tales no Rexistro Administrativo de Centros Especiais de Emprego de Galicia, de acordo co que sinala o artigo 3 da mesma.

Con todo, cando a Orde enumera o tipo de axudas incluídas na mesma establece distincións entre CEE de iniciativa social e os CEE de iniciativa privada, excluindo aos segundos dalgunha delas. Os programas de convocatoria de subvencións desa Orde son os seguintes:

Programa I: subvencións ás unidades de apoio á actividade profesional no marco dos servizos de axuste persoal e social dos CEE. O obxecto deste programa é subvencionar os custos salariais e da Seguridade Social por conta da empresa derivados da contratación indefinida do persoal traballador das unidades de apoio á actividade profesional. Neste programa pode ser beneficiarios todos a CEE, pero establécese que a porcentaxe máxima subvencionable será o 100 % dos custos para os CEE de iniciativa social e do 80 % para os que non teñan esa cualificación. As contías das axudas deste programa son de 1.007.000 euros repartido en dúas anualidades

Programa II: axudas para a creación de postos de traballo estables, adaptación de postos e asistencia técnica para os CEE. O obxecto deste programa é incentivar a creación de postos de traballo estables, financiar as adaptacións dos postos de traballo e as asistencias técnicas que precisen os CEE no seu proceso de creación ou de mellora e diversificación produtiva e só poden ser beneficiarios das axudas deste programa os CEE de iniciativa social. As contías das axudas deste programa son de 1.088.000 euros repartido en dúas anualidades

Programa III: axudas ao financiamento parcial do custo salarial das persoas con discapacidade nos CEE. O obxecto deste programa é axudar á CEE para financiar o custo salarial de todas as persoas traballadoras con discapacidade contratadas en centros de traballo do territorio da Comunidade Autónoma de Galicia. Poderán ser beneficiadas das axudas todos a CEE. As contías das axudas deste programa son de 15.085.000 euros repartido en dúas anualidades

Sobre este tema (diferente trato na subvención entre a distintos CEE segundo sexan ou non de iniciativa social) pronunciouse o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na súa



recente sentenza 468/2019, do 23 de outubro de 2019 na que se resolveu o recurso de impugnación da Orde do 13 de agosto de 2018 (DOG do 3 de setembro de 2018) na que se establecían as bases reguladoras de axudas aos CEE para o bienio 2018-2019. O recolleito nesta sentenza debe de estender á convocatoria de axudas mencionadas neste Informe (Orde do 9 de xullo de 2020, DOG 23 de xullo de 2020) pola súa coincidencia no contido das axudas. Esta sentenza, no seu Fundamento Xurídico 3º, estima que

“Existe unha xustificación obxectiva e razoable para privilexiar aos CEE sen ánimo de lucro no feito de que no seu caso se intensifica a finalidade social de integración das persoas con discapacidade”

(...)

“Precisamente polo feito de que os fondos se destinen a aquela finalidade social coa obrigación de reinversión non lucrativa é lóxico que as axudas e subvencións públicas a que se refire a Orde destínanse en maior medida e porcentaxe nos seus apartados aos CEE sen ánimo de lucro, e mesmo nun deles en exclusiva, cal é o programa II de axudas á creación/adaptación de postos e asistencia técnica, que é o único no que os CEE con ánimo de lucro non poden ser beneficiarios, o cal se explica por aquela maior dedicación á devandita finalidade social.”

Para concluír que a exclusión no programa II da Orde do 13 de agosto de 2018 (DOG do 3 de setembro de 2018) da condición de beneficiario das axudas para a creación de postos de traballo estables, adaptación de postos e asistencia técnica aos CEE que non sexan de interese social non teñen carácter discriminatorio:

“(...) tampouco pode considerarse xeradora de discriminación inxustificada a alusión no preámbulo da Orde impugnada a que no capítulo III recóllense as axudas exclusivamente para os CEE sen ánimo de lucro, porque, aínda que tamén os CEE de iniciativa empresarial presentan a finalidade de promoción do emprego de persoal con discapacidade, é menor a súa intensidade de promoción social debido a que non se estende a eles a esixencia de reinversión íntegra dos seus beneficios para creación de oportunidades de emprego para persoas con discapacidade e a mellora continua da súa competitividade e da súa actividade de economía social”

Entende esta sentenza que existe, por tanto, unha xustificación desa exclusión e da concesión dunha maior axuda aos CEE de iniciativa social fronte aos que non o son. E por esa mesma razón entende xustificada a diferenciación de porcentaxes (100% para os CEE de iniciativa social e 80% para os que non o sexan) nas subvencións do programa I destinado a axudas para as unidades de apoio á actividade profesional.

Pero é de sinalar que esta sentenza tamén dispón a necesaria participación de todos a CEE no resto das axudas que non sexan as relacionadas no programa II (axudas para a creación de postos de traballo estables, adaptación de postos e asistencia técnica) da Orde, coa finalidade lóxica de evitar que a Orde perda a neutralidade competitiva que debe de presidir toda convocatoria de axudas públicas cando estas afectan o mercado. Neste sentido sinala a sentenza no seu Fundamento Xurídico 5º que:

“En cuarto lugar, a inclusión da esixencia do artigo 13.4 da Orde (“A instrución completárase incorporando ao expediente a información que conste na Subdirección Xeral de Economía Social da Consellería de Economía, Emprego e Industria, sobre as autorizacións administrativas e inscricións no rexistro como



CEE, así como o seu recoñecemento e inscrición como centro especial de emprego sen ánimo de lucro, conforme ao previsto no Decreto 200/2005, do 7 de xullo, polo que se regula a autorización administrativa e a inscrición no Rexistro Administrativo de Centros Especiais de Emprego de Galicia, e a súa organización e funcionamento") non é coa finalidade de excluír de todas as axudas aos CEE con ánimo de lucro, como se demostra polo feito de que tamén estes últimos percibíronas polos programas I e III, senón para identificar aos que o son sen ánimo de lucro para os efectos de trazar a debida diferenciación na cuantificación, naqueles programas I e III, ben a fin de outorgalas soamente aos que carecen de ánimo de lucro, no programa II."

V.- CONVENIO COLECTIVO

Por último, no seu escrito CONACEE e ASPAIS expoñen o problema do establecemento por convenio colectivo dunha diferente táboa salarial para o persoal dos CEE de iniciativa social e para os outros CEE.

Neste sentido o *Convenio colectivo galego de centros especiais de emprego*, nos que intervéñen como representante patronal exclusivamente a patronal dos centros especiais de emprego de iniciativa social e sen ánimo de lucro de Galicia (CESAGAL), dispón que aos CEE que non sexan de iniciativa social e emprendemento colectivo cuxa actividade este regulada por un convenio colectivo sectorial ou de empresa aplicaráselles, en caso de ser máis beneficioso, os convenios colectivos sectoriais existentes ou de empresa, mentres que aos CEE de iniciativa social, non se lles aplicará, aínda que fose máis beneficioso, ese convenio colectivo sectorial ou de empresa senón o *Convenio colectivo galego de centros especiais de emprego*.

O Diario Oficial de Galicia do 29 de xaneiro de 2020 publica o acordo polo que se actualizan as táboas salariais para os anos 2018 e 2019 do convenio autonómico de centros especiais de emprego. Nel recóllese o salario anual do ano 2019 e, así, por exemplo, para o persoal técnico superior nivel 1 o "salario anual 2019" nun CEE con ánimo de lucro sería de 25.616,87 € e para ese mesmo traballador nun CEE sen ánimo de lucro o salario sería de 17.602,68 €. Para o persoal administrativo nivel 1 nun CEE con ánimo de lucro o "salario anual 2019" sería de 14.984,43 € e para ese mesmo persoal nun CEE sen ánimo de lucro o salario sería de 12.419,56 €

Contempla, por tanto, ese convenio colectivo un réxime de retribucións distinto en función de se se trata de persoal pertencente a un CEE de iniciativa privada ou de traballadores dun CEE de iniciativa social, sendo as retribucións destes últimos sensiblemente inferiores aos dos primeiros. A diferenzas salariais das persoas con discapacidade foi obxecto de numerosos estudos, así como as diferenzas salariais entre os traballadores discapacitados que presten servizos nun CEE e os que o fan nunha empresa ordinaria ("Diferenzas salariais por discapacidade e Centros Especiais de Emprego")¹⁴. Neste estudo concluíase que tanto os homes como as mulleres con discapacidade que traballaban nun CEE perciben salarios máis baixos en comparación cos que traballaban nunha empresa ordinaria. O estudo sinalaba que a explicación desa diferenza, podería atoparse no acceso ao emprego, que sería menos difícil nun CEE que nunha empresa ordinaria.

¹⁴Rodrigues V., Malo M.A. e Cueto B.; "Diferenzas salariais por discapacidade e Centros Especiais de Emprego", en *Cadernos de Economía*, núm. 98, Volume 35, pp. 100-116.



O que neste informe examínase é a medida en que esa diferenciación salarial dos traballadores discapacitados que prestan os seus servizos en CEE por aplicación do Convenio Colectivo podería ter na dinámica competitiva do mercado.

Como sinala a CNMC, e antes a Comisión Nacional da Competencia (CNC), a pesar de vos eventuais efectos restritivos da competencia que puidesen ser inherentes a este tipo de acordos incorporados aos Convenios Colectivos, é doutrina xurisprudencial que non se considere aos mesmos, por razón da súa natureza e do seu obxecto, comprendidos no ámbito da aplicación da LDC

*“(...) podemos concluir seguindo a xurisprudencia comunitaria que, en principio, os convenios colectivos celebrados de boa fe entre empresarios e traballadores sobre as cuestións normais propias da negociación colectiva, como os salarios ou determinadas condicións de traballo, que non afecten de forma directa a terceiros ou a outros mercados, deben gozar dunha inmunidade automática respecto do exame con arranxo ás normas de defensa da competencia. Pero cando o acordo ou convenio vai máis aló deses ámbitos, as autoridades de competencia, de acordo coa doutrina da Sentenza Albany, deberán analizar a natureza e obxecto do mesmo antes de decidir se cae baixo as normas de competencia ou está excluído das mesmas. E nesa análise haberá de prestar especial atención non só ás materias que trate o convenio, tamén e sobre todo, a se establece obrigacións a terceiros ou afecta a outros mercados dunha forma non xustificada polo obxectivo da negociación colectiva”.*¹⁵

A referida STJUE asunto C-67/96 do 21 de setembro de 1999 no Caso Albany Internacional afirmou que:

“(...)

59.- Ben é verdade que determinados efectos restritivos da competencia son inherentes aos acordos colectivos celebrados entre as organizacións representativas dos empresarios e dos traballadores. Con todo, os obxectivos de política social perseguidos polos devanditos acordos resultarían gravemente comprometidos se os interlocutores sociais estivesen suxeitos ao artigo 85, apartado 1, do Tratado na procura común de medidas destinadas a mellorar as condicións de emprego e de traballo.

60.- Dunha interpretación útil e coherente das disposicións do Tratado, no seu conxunto, despréndese que os acordos celebrados no marco de negociacións colectivas entre interlocutores sociais para o logro dos devanditos obxectivos non deben considerarse comprendidos, en razón da súa natureza e do seu obxecto, no ámbito de aplicación do artigo 85, apartado 1, do Tratado.

O salario dos traballadores é un elemento esencial dos convenios colectivos e por iso, a pesar dos eventuais efectos restritivos da competencia que eses acordos poidan implicar, a xurisprudencia desde a sentenza Albany recoñece unha certa inmunidade relativa dos convenios fronte ás esixencias en materia de competencia reguladas nos tratados europeos e ao control dos mesmos polas Autoridades da Competencia, aínda que unha posible intervención pode ter o seu amparo nunha finalidade constitucionalmente lexítima xa que non se debe esquecer a conexión existente entre defensa da competencia e os dereitos recoñecidos no art. 38 da Constitución¹⁶.

¹⁵ CNC Resolución do 24 de setembro de 2009, Expte. 2805/07, Empresas estibadoras, FD 7º

¹⁶Artigo 38. Recoñécese a liberdade de empresa no marco da economía de mercado. Os poderes públicos garanten e protexen o seu exercicio e a defensa da produtividade, de acordo coas



O certo é que na normativa de defensa da competencia garda silencio en relación ao control dos convenios colectivos e a súa relación co control por parte da xurisdición social. Tamén é certo que no noso sistema os convenios colectivos non son só un acordo de vontades entre as partes aos que se lles debe de aplicar o principio de respecto á autonomía da vontade dos intervinientes, é que sobre eles existe, de acordo co art. 90 do Estatuto dos Traballadores, unha exclusión da intervención administrativa laboral en relación cos seus contidos, a cal non terá máis funcións que a tramitación dos mesmos, sen prexuízo de que se o convenio conculcarse a legalidade vixente ou lesionase gravemente o interese de terceiros, poida dirixirse de oficio á xurisdición social.

No suposto concreto atopámonos ante un Convenio Colectivo no que se establece “ex convenio” unha diferente escala salarial para os mesmos postos de traballo para traballadores discapacitados segundo presten os seus servizos nun CEE de iniciativa privada ou un de interese social. O Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidade que a desigualdade retributiva xurdida dun convenio colectivo de valor normativo “non ofrece outro soporte visible que unha minusvaloración dun grupo segregado e peor tratado, o que non ten acomodo na Constitución á luz do principio de igualdade (art. 14 CE), nin tampouco na perspectiva social que impón esa connotación do noso Estado de Dereito en conexión coa igualdade efectiva dos individuos e os grupos en que se integra (art. 9.2 CE)”¹⁷

E tamén establece o Tribunal Constitucional que a prohibición do art. 14 CE comprende non só a discriminación directa ou patente derivada do tratamento xurídico manifesta e inxustificadamente diferenciado e desfavorable dunhas persoas respecto a outras, senón tamén a encuberta ou indirecta consistente en

“(...) aquel tratamento formal ou aparentemente neutro ou non discriminatorio do que se deriva, polas diversas circunstancias de feito concorrentes no caso, un impacto adverso sobre a persoa obxecto da práctica ou conduta constitucionalmente censurable en canto a medida que produce o efecto adverso carece de xustificación (non se funda nunha esixencia obxectiva e indispensable para a consecución dun obxectivo lexítimo) ou non resulta idónea para o logro de tal obxectivo”¹⁸.

Non obstante todo o anterior, como indica a CNMC, o que se se debe de analizar desde a perspectiva de promoción da competencia, é a extensión do contido deste Convenio, e en especial ao relativo ás diferenzas do réxime de retribucións entre os traballadores discapacitados dun CEE de iniciativa social ou un de iniciativa privada, a outros ámbitos e ver se existe xustificación, ou non, para iso.

O que podemos afirmar é que o maior custo da man de obra dos CEE de iniciativa privada fronte aos de iniciativa social establecida “ex convenio” provocará, como sinala a CNMC¹⁹, dous efectos:

1º.- Unha menor capacidade competitiva dos CEE de iniciativa privada en prexuízo da facturación e emprego que estes centros xeran e un beneficio para os CEE de iniciativa

esixencias da economía xeral e, no seu caso, da planificación.

¹⁷ STC 27/2004, do 4 de marzo, Fundamento Xurídico 7(BOE núm. 83, do 06 de abril de 2004)

¹⁸ STC 13/2001, do 29 de xaneiro, Fundamento Xurídico 8 (BOE núm. 52, do 01 de marzo de 2001).

¹⁹Consulta do Ministerio de Trabajo, Migracións e Seguridade Social respecto do XV Convenio Colectivo Xeral de Centros e Servizos de Atención a Persoas con Discapacidade.



social que polos seus menores custos laborais veríanse especialmente beneficios no mercado de traballo, así como nos concursos de licitacións públicas.

2º.- A distorsión no mercado de traballo xa que como sinala a CNMC “unha distorsión no mercado de traballo deste tipo de empregados (un mesmo traballador discapacitado percibirá distinta remuneración polos mesmos servizos no mesmo sector segundo pertenza a unha CEE ou a un de iniciativa social) co consecuente transvasamento dos empregados máis cualificados (e, por tanto, con maior posibilidade de obter salarios máis elevados) aos CEE”.

Ese diferente custo da man de obra tamén pode ter repercusión no suposto de axudas (como as de compensación económica pola prestación de servizo de interese económico xeneral) nas que a contía das mesmas fíxese por un tanto por cento do Salario Mínimo Interprofesional e non do seu custo laboral. Nelas, ao ter menores salarios as persoas traballadoras dos CEE de iniciativa social, a porcentaxe de axuda que percibirán eses CEE será superior, en proporción aos custos das súas persoas traballadoras, que as que recibirá os CEE que non sexan de iniciativa social.

Por tanto, as consecuencias do establecemento “ex convenio” de diferenzas retributivas terá efectos en ámbitos distintos das condicións laborais desas persoas traballadoras, xa que se estaría establecendo un criterio vantaxoso para ese CEE de iniciativa social cando compiten no mercado fronte aos CEE de iniciativa privada, o que non é, desde o punto de vista de promoción da competencia, aconsellable.

VI.- CONCLUSIÓNS

1º.- Os Centros Especiais de Emprego son operadores económicos cuxa persoal está formada nun 70 por 100, como mínimo, por persoas traballadoras con discapacidade, que naceron coa finalidade de asegurar un emprego remunerado e a prestación de servizos a esas persoas e ser, ao mesmo tempo, un medio de inclusión do maior número deles no réxime de emprego ordinario.

2º.- A Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público incorporou ao noso ordenamento xurídico a figura dos “contratos reservados” en favor dos CEE que non existía, ata ese momento, na lexislación de contratación.

3º.- A Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, que traspón ao ordenamento xurídico español a Directiva 2014/24/UE, introduce na regulación española a novidade de excluír deses contratos reservados a un grupo de CEE: os CEE que non sexan de iniciativa social.

4º.- A redución “*ope legis*” do universo de operadores económicos que poden participar nos “contratos reservados” non se pode valorar positivamente desde o punto de vista da competencia polo seu carácter restritivo da mesma e por afectar negativamente á concorrencia de Centros Especiais de Emprego no aprovisionamento público. Tendo en conta que a compatibilidade da regulación dos contratos reservados na Ley 9/2017 co artigo 20 da Directiva 2014/24/UE foi obxecto dunha cuestión pre-xudicial ante o TJUE que será quen de forma definitiva decidirá sobre o tema, dende a perspectiva da concorrencia no aprovisionamento público desde o punto de vista da competencia esta CGC considera que a redacción da actual Disposición adicional cuarta da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, ao excluír a un tipo de CEE dos contratos reservados, implica a expulsión dunha parte dos operadores que ata a data



participara nesas licitacións co que se reduce o ámbito, xa de por si reducido, dos licitadores que poden concorrer a ese tipo de contratos.

5º.- En materia de contratación pública débense de aplicar os principios de libre acceso á contratación de todos os operadores con independencia da natureza ou características dos mesmos, o principio de non discriminación na licitación e o dunha competencia efectiva, evitando restrinxir artificialmente a competencia. O engadir unha restrición á posibilidade de concorrer ás licitacións dos “contratos reservados” limitándoa exclusivamente aos CEE de interese social, sen que iso estea xustificado en termos de necesidade nin proporcionalidade, afectará o funcionamento competitivo do mercado e é contrario o principio de neutralidade competitiva en materia de contratación pública. Tamén afectará negativamente o sector público polo incremento de custo do aprovisionamento de bens e servizos que supón a redución de concorrente nesas contratos.

6º.- En materia de subvencións convocadas en favor dos CEE a sentenza 468/2019, do 23 de outubro de 2019 do TSXG sinala que a exclusión da condición de beneficiario de axudas para a creación de postos de traballo estables, adaptación de postos e asistencia técnica aos CEE que non sexan de interese social non ten carácter discriminatorio e que existe unha xustificación obxectiva e razoable para privilexiar aos CEE sen ánimo de lucro no feito de que eles se intensifica a finalidade social de integración das persoas con discapacidade. Tamén sinala a necesaria participación de todos a CEE no resto das axudas que, con esa finalidade, pódanse convocar co obxectivo lóxico de evitar que a orde de convocatoria perda a neutralidade competitiva que debe de presidir toda convocatoria de axudas públicas cando estas afectan o mercado.

7º.- Cando un Convenio Colectivo estableza unha diferente escala salarial para os mesmos postos de traballo para persoas traballadoras discapacitadas segundo presten os seus servizos nun CEE de iniciativa privada ou un de interese social, o que provocará, como sinala a CNMC, será unha menor capacidade competitiva dos CEE de iniciativa privada en prexuízo da facturación e emprego que estes centros xeran e, tamén, unha distorsión no mercado de traballo, o que non é aconsellable desde o punto de vista da promoción da competencia.