

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA



BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP/PK: 48001
TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996

NIG PV/ IZO EAE: 00.01.3-18/000567
NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.33.3-2018/0000567

**Procedimiento / Prozedura: Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 626/2018 -
Seccion 1ª**

Demandante / Demandatzailea: CONFEDERACION NACIONAL DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO -CONACEE-
Representante / Ordezkarria: FRANCISCO TOLL MUSTEROS

Demandado / Demandatua: DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA
Representante / Ordezkarria: BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA

ACTUACIÓN RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA: ACUERDO DE 15-5-18 DE LA DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA PUBLICADO EN EL B.O.G. Nº 99 DE 24-5-18 POR EL QUE SE APRUEBAN LAS INSTRUCCIONES SOBRE LOS CONTRATOS RESERVADOS.

D. DOMINGO ENRIQUE GIBERT TRUEBA, Letrado de la Administración de Justicia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

CERTIFICO: Que en el Procedimiento ordinario 626/2018, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

AUTO

ILMOS./AS. SRES./AS.:

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D.ª PAULA PLATAS GARCÍA

Siendo Ponente D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

En Bilbao, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1124419</u>
Luxemburgo, el <u>08-08-2019</u>
El Secretario, por orden
Fax/E-mail:
Presentado el: <u>6/8/19</u>

Leticia Carrasco Marco
Administradora

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo, registrado como procedimiento ordinario 626/2018, ha sido interpuesto por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) contra el Acuerdo de 15 de Mayo de 2.018 del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Gipuzkoa que aprobó las Instrucciones dirigidas a los órganos de contratación de esa Institución, sobre la reserva del derecho a participar tanto en los procedimientos de adjudicación de los contratos o de determinados lotes de los mismos, a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social



o empresas de inserción, como de la ejecución de una parte de estos contratos en el marco de programas de empleo protegidos.

Obra copia tal Acuerdo e Instrucciones anejas en los folios 9 y 10 del procedimiento.

SEGUNDO.- La recurrente solicitó en el escrito de demanda (folios 38-55) que se “dicte sentencia, por la que anulando la resolución recurrida, declare no haber lugar a la aplicación del concepto "de iniciativa social" por referencia a los Centros Especiales de Empleo, como destinatarios de la reserva de contratos, objeto de la resolución, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, o subsidiariamente y para el caso de que la Sala a la que nos dirigimos lo considere necesario con planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al objeto de que se ponga de manifiesto la recta interpretación de los Tratados en relación con la validez de las decisiones adoptadas por el legislador español en relación a las restricciones vinculadas a la introducción de la figura de los Centros Especiales de Empleo de *iniciativa social*, por medio de las Disposiciones Adicional 4ª y Final 14ª de la Ley 9/2017 frente a lo establecido en el Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE”.

Esa pretensión se funda en la disconformidad del Acuerdo recurrido y, por lo tanto, de las Disposiciones Adicional 4ª y final 14ª de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público en que se ampara, con el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE en cuanto que restringe la reserva contractual prevista por esa Norma a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social excluyendo, así, del ámbito de tal reserva a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa empresarial; según datos de 2.015, los Centros de esa clase, no merecedores de la calificación de “iniciativa social”, y el personal dependiente de los mismos, constituían el 50% de todos los existentes en España.

La recurrente expone que todos los Centros Especiales de Empleo constituidos en España cumplen los requisitos establecidos por el artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/ UE, esto es, dedicación a la actividad de fomento del empleo de personas con discapacidad o riesgo de exclusión y 30 %, al menos, de la plantilla integrada por personal con discapacidad; por el contrario, las disposiciones de la Ley estatal en que se ampara el Acuerdo recurrido exigen, a los mismos efectos, la constitución de entidad sin ánimo de lucro y la reinversión de los rendimientos.

Así, según la misma parte, la categoría de Centros especiales de empleo de iniciativa social creada por la Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/2017, en relación a la Final 14ª de esa Ley, excluye del acceso a la contratación reservada conforme al artículo





20 de la Directiva 2014/24/UE a entidades que cumplen los requisitos establecidos por esa Norma, cual es el caso de los Centros Especiales de Empleo que, según el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/ 2013 (redacción anterior a Ley 9/2017) realizan una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones de mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; y que cuenten con trabajadores con discapacidad que representen, al menos, el 70 % de la plantilla.

La recurrente sostiene, en fin, que la transposición al ordenamiento español del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE mediante la Ley 9/2017 incumple los requisitos y finalidad de la reserva (artículos 28 y 36, respectivamente, de las Directivas 2004/18/UE y 2014/24/UE) y vulnera los principios de igualdad y no discriminación en la contratación que, según el considerando 37 de la segunda de esas Normas debe ser aplicado, como principio básico del Derecho de la Unión, en la articulación de las medidas pertinentes para su efectividad.

TERCERO.- La demandada, Diputación Foral de Gipuzkoa se opuso en el escrito de contestación a la demanda (folios 74-78 del procedimiento) a la estimación del recurso contencioso-administrativo y planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE en razón a lo siguiente:

1.- La Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/ 2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público ha traspuesto el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE dentro de los límites y con respeto a las finalidades de la reserva establecidos por ese precepto en favor de talleres protegidos y empresas sociales, al señalar como beneficiarios de la misma a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción que cumplan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, y en la Ley 44/2007 de empresas de inserción social; en resumen, que se trate de entidades o personas que carecen de ánimo de lucro, se comprometan a reinvertir los beneficios que obtengan en el ejercicio de su actividad y se dediquen principalmente a la integración laboral y a la inserción social de personas con discapacidad y de personas en situación de exclusión social.

2.- La Directiva 2014/24/UE (Art. 20) se expresa en términos que por su amplitud o generalidad (“talleres protegidos”; “empresas sociales” y “operadores económicos”) permiten su transposición al ordenamiento interno en la forma que lo ha hecho la Disposición Adicional 4ª de la Ley 9/ 2017 de contratos del sector público.

3.- La Directiva 2014/24/UE no establece de forma precisa e incondicional el alcance de la reserva regulada por su artículo 20, de suerte que trasladada al ordenamiento

español en términos conformes con el mismo no puede invocarse el efecto directo de dicha disposición.

CUARTO.- Seguido el procedimiento por sus trámites, incluido el de conclusiones escritas en que las partes ratificaron los fundamentos de sus pretensiones, se señaló para la votación y fallo del recurso contencioso el día 16 de Mayo de 2.019.

Y por providencia del día siguiente se acordó: “... con suspensión del plazo para dictar sentencia y sin prejuzgar la resolución que se dicte a resultas de la presente, oíase a las partes, dentro del plazo común de diez días, para que aleguen lo que a estimen pertinente sobre el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Art. 267 del TFUE) respecto a si la transposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE al Derecho interno consiente una delimitación del ámbito subjetivo de la reserva contractual prevista por ese precepto que restrinja su aplicación a determinados sujetos de entre los (talleres protegidos y operadores económicos) mencionados en dicha disposición, aun cumpliendo los excluidos el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean discapacitados y la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas”.

QUINTO.- La recurrente solicitó el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos suscitados por la providencia de 24-05-2019 y conforme a los fundamentos de su recurso, respecto a los requisitos y alcance de la reserva contractual regulada por el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

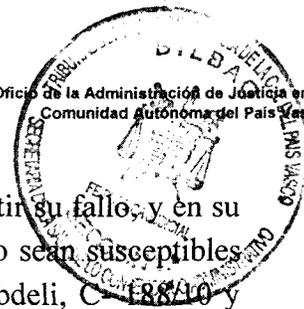
En el mismo trámite, la demandada alegó que era innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial, dados los términos no incondicionales de la Directiva 2014/24/UE y su trasposición al Derecho Interno dentro de sus límites y con observancia de sus finalidades.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sección 1ª, de 9 de septiembre de 2015 (ROJ: PTJUE 171/ 2015- ECLI: EU: C: 2015: 564) en el asunto C-72/ 14, dice:

“53. El artículo 267 del TFUE atribuye competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados y los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, como sobre la validez de esos actos. Ese artículo dispone en su párrafo segundo que un órgano jurisdiccional nacional podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión





prejudicial si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, y en su párrafo tercero que estará obligado a hacerlo cuando sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno (sentencia Melki y Abdeli, C-189/10 y C-189/10, EU: C: 2010: 363, apartado 40). (.....).

55. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial del Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho de la Unión, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición del Derecho de la Unión de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna. El Tribunal de Justicia ha declarado también que la existencia de tal supuesto debe apreciarse en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades particulares que presente su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia dentro de la Unión (sentencia Cilfit y otros, 283/81, EU: C: 1982: 335; apartado 21) (.....).

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre aspectos esenciales del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE en sentencia tan reciente como la de 17 de diciembre de 2.018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (ROJ: sts 4260/2018; rc 553/ 2018) :

“.....cuando se plantea una duda sobre la eventual contradicción de una norma nacional con el Derecho de la Unión, el Tribunal aun cuando no sea la última instancia está obligado a motivar las razones por las que no aprecia contradicción entre la norma nacional y la comunitaria invocada y por las que no necesario el planteamiento de una cuestión prejudicial al entender aplicable la doctrina del “ acto claro” o del “ acto aclarado”.....”

En aplicación de la doctrina que se acaba de exponer vamos a dar razón de:

- a) La cuestión controvertida en el proceso.
- b) La interpretación y aplicación de una norma del Derecho de la Unión Europea como condición para la resolución de la cuestión controvertida.
- c) Las dudas sobre la conformidad del Derecho interno de aplicación al caso con la tal norma del Derecho de la Unión Europea.

SEGUNDO.- El Acuerdo recurrido en este procedimiento aprobó las instrucciones dirigidas a los órganos de contratación de la Diputación Foral de Gipuzkoa

sobre los contratos reservados cuya regulación en el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 ha sido traspuesta al ordenamiento español por la Ley 9/ 2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público; concretamente mediante la disposición adicional cuarta de esa Ley :

“1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

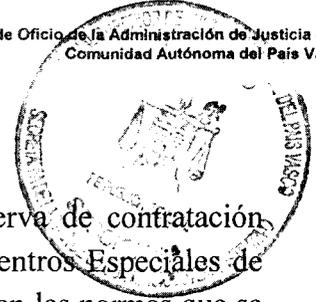
En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito del las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de este Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primero párrafo de este apartado.

2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.

3. En los procedimiento de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique privadamente en el expediente”.





La disposición que se acaba de transcribir aplica la reserva de contratación regulada por el artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/ UE a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a las empresas de inserción regulados en las normas que se citan, lo cual comporta la exclusión de ese ámbito normativo de los Centros Especiales de Empleo (de iniciativa privada y no social) a los cuales representa la Confederación recurrente a nivel nacional.

Y está en discusión, en los términos expuestos en los apartados 2º y 3º de los antecedentes de este auto, la conformidad de la antedicha disposición del Derecho español en que se ampara el Acuerdo recurrido de la Diputación Foral de Gipuzkoa con el artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/UE, con lo cual la resolución del litigio depende de la interpretación que se haga de esa disposición del Derecho de la Unión Europea , ya que de entenderse , como sostiene la parte recurrente, que los Centros Especiales de Empleo que no encajan en la categoría de “iniciativa social” a que se refiere la disposición adicional 4ª de la Ley 9/2017 de contratos del sector pública, cumplen los requisitos y finalidades establecidos por el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE para acceder a la contratación reservada por esa norma, su exclusión del ámbito de aplicación de tal reserva por virtud de la antedicha disposición interna no sería conforme al precepto que se acaba de citar del ordenamiento comunitario europeo.

Por lo tanto, hay que dilucidar si la regulación interna a que nos acabamos de referir establece requisitos o condiciones de acceso a la reserva contractual del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, en particular, en lo que se refiere a los Centros Especiales de Empleo, que no son conformes con el régimen- no disponible por el Estado miembro- de ese precepto lo que, inevitablemente, requiere su interpretación en la sede del Tribunal competente de la Unión Europea.

En efecto, la regulación de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social introducida en el Derecho español por la Ley 9/ 2017 de contratos del sector público, a efectos del acceso a la mencionada reserva en la licitación pública, requiere requisitos adicionales, distintos a los establecidos por el artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/UE como resulta, sin ninguna dificultad, de la comparación de ambas disposiciones:

--Artículo 20 de la Directiva 2014/ 24/ UE . Contratos reservados:

“1.- Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres,

los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

2.- La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo. “

-- Disposición Final 14 de la Ley 9/2017 que regula la figura de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social a que la Disposición Adicional 4ª de esa Ley, transcrita ut supra, contrae la reserva de contratación pública en lo que respecta a esos centros :

“.....Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles señaladas anteriormente, ya sean de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

TERCERO.- Y, en conclusión, este Tribunal duda de que la trasposición del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento español, de cuya interpretación depende la resolución de este procedimiento judicial, consienta la determinación del ámbito subjetivo de la reserva contractual regulada por dicho precepto comunitario en los términos de la regulación de la figura de los “Centros Especiales de Empleo de iniciativa social”, con la consecuencia de excluir del ámbito de dicha reserva a empresas u operadores económicos, como los representados por la recurrente, a pesar de cumplir, conforme al antedicho precepto de la U.E., el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y la finalidad u objetivo de su integración social y profesional.

Así, y de conformidad con el artículo 267.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,



ACORDAMOS

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión de interpretación de interpretación siguiente:

“Si el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase”.

Remítase al TJUE copia testimoniada de los escritos de alegaciones de las partes y del expediente administrativo.

No se dictará sentencia en este procedimiento hasta que se resuelva la cuestión prejudicial planteada mediante este auto.

Contra esta resolución no podrá interponerse recurso.

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste y para ser enviado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, libro el presente en Bilbao, a veintinueve de julio de dos mil diecinueve.

