

# COLABORACIÓN PÚBLICO- PRIVADA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

María José Vañó Vañó

*(Profesora titular de Universidad. Departamento de Derecho  
Mercantil. IUDESCOOP)*

2022



GENERALITAT  
VALENCIANA  
Presidència



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

## Tabla de contenido

<b>RESUMEN EJECUTIVO:</b> .....	<b>3</b>
<b>1. Estado de la cuestión. El vínculo entre la colaboración público-privada y la responsabilidad social</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Administraciones públicas socialmente responsables</b> .....	<b>7</b>
<b>3. Colaboración público-privada en las políticas públicas</b> .....	<b>9</b>
<b>3.1. Estado de la cuestión en la Unión Europea</b> .....	<b>14</b>
<b>3.2. Estado de la cuestión en España</b> .....	<b>19</b>
<b>3.3. Especial referencia a la Comunitat Valenciana</b> .....	<b>23</b>
<b>4. Gestión de riesgos en la contratación pública</b> .....	<b>25</b>
<b>5. La contratación pública socialmente responsable</b> .....	<b>28</b>
<b>5.1. Gestión directa de servicios de interés general a través de entidades participadas</b> <b>30</b>	
<b>5.2. Gestión a través de entidades mixtas</b> .....	<b>32</b>
<b>5.3. Adjudicación de la gestión de servicios de interés público a entidades mixtas</b> .....	<b>34</b>
<b>5.4. Medios propios</b> .....	<b>35</b>
<b>5.5. Contratación pública y defensa de la competencia</b> .....	<b>36</b>
<b>5.6. Cláusulas sociales para la contratación pública socialmente responsable</b> .....	<b>39</b>
<b>5.6.1. Cláusulas sociales en Europa</b> .....	<b>40</b>
<b>5.6.2. Clausulas sociales en España</b> .....	<b>42</b>
<b>5.6.2.1. Clausulas sociales y ambientales en la preparación de los contratos</b> .....	<b>43</b>
<b>5.6.2.2. Fase de selección de las empresas o entidades contratistas</b> .....	<b>47</b>
<b>5.6.2.3. Cláusulas sociales y ambientales en la adjudicación de los contratos</b> .....	<b>49</b>
<b>5.6.2.4. Cláusulas sociales y ambientales en la ejecución de los contratos</b> .....	<b>55</b>
<b>5.7. Contratos reservados</b> .....	<b>58</b>
<b>5.7.1. Empresas sociales y contratos reservados</b> .....	<b>58</b>
<b>5.7.2. Guía europea CPSR 2021</b> .....	<b>60</b>
<b>5.7.3. Contratos reservados en España</b> .....	<b>61</b>
<b>5.7.4. Contratos reservados en la Comunitat Valenciana</b> .....	<b>61</b>

<b>6. Conclusiones .....</b>	<b>62</b>
<b>7. Bibliografía .....</b>	<b>63</b>

## RESUMEN EJECUTIVO:

La colaboración público-privada y la responsabilidad social no siempre van de la mano, pero en este informe nos proponemos realizar una revisión de ambos conceptos así como un análisis del nexo de unión entre ambas.

A pesar de que la colaboración público-privada no ha sido utilizada de manera responsable, la normativa reguladora del sector público fija una serie de parámetros que deben ser respetados por el sector público y las empresas que contratan con él, con el fin de ofrecer una serie de servicios a la ciudadanía, con todas las garantías.

La colaboración público-privada o también llamada *Project finance*, o *PPP*, surge para dar soluciones allá donde las administraciones públicas no llegan, con un fin, el reparto adecuado de los riesgos entre las partes contratantes, evitando un perjuicio y carga excesiva sobre las administraciones públicas. La corresponsabilidad es esencial en este tipo de proyectos, por lo que analizamos los puntos de conexión entre la Colaboración PP y la RS.

### *Palabras clave:*

Responsabilidad social, Project Finance, Colaboración público-privada, Contratación pública socialmente responsable.

## 1. Estado de la cuestión. El vínculo entre la colaboración público-privada y la responsabilidad social

En este informe pretendo analizar la relación existente entre colaboración público-privada y la responsabilidad social de los ayuntamientos entendiendo necesaria una corresponsabilidad en el desarrollo de las políticas públicas implementadas por los ayuntamientos de la Comunitat Valenciana y en general por cualquier administración local. Ello nos permitirá realizar un análisis a las competencias de los ayuntamientos y a los cauces existentes para canalizar la colaboración público-privada y en qué medida estas políticas les permitirán ser responsables socialmente.

La exigencia a las empresas de un comportamiento socialmente responsable es un hecho, y se ha abierto paso en la sociedad de manera gradual como consecuencia de, fundamentalmente, la desregulación de los mercados y la privatización del sector público empresarial que comenzó en Reino Unido en 1979 y se extendió por Europa a lo largo de la década de los ochenta en sectores estratégicos. Desregulación que en España se alcanzó a lo largo de los años noventa.

Como Señalan MONZÓN/VAÑÓ (2020), *“los hechos han demostrado que la responsabilidad social de las grandes corporaciones es deficitaria e insuficiente y que solo la acción reguladora de los poderes públicos, junto a la actividad socialmente responsable del conjunto del tejido empresarial podrá asegurar el desarrollo de los mercados competitivos, la eficiencia, la equidad y el interés general.”*

El concepto de Responsabilidad Social (RS) lo podemos encontrar a mediados del siglo XX a partir del trabajo publicado en 1953 por Howard H. Bowen, *The Social Responsibilities of the Bussinesman*, en el que se propone que las empresas encajen en un mismo código de comportamiento sus objetivos económicos financieros con otros objetivos y valores sociales. En la década de los años 80 se profundizó en este concepto a partir de los trabajos de Ian MITROFF y EDWARD FREEMAN, en 1983 y 1984 con las teorías de los grupos de interés (*Stakeholders*), desarrollándose en paralelo otros enfoques como la *Ética de los Negocios* y la denominada *Corporate Social Performance (CSP)*.

En los albores del siglo XXI se inicia un reconocimiento de la Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) en la Unión Europea<sup>1</sup>, que a través de la Comisión introduce este concepto en la agenda política con la publicación del *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (COM 2001/366 final 18/07/2001). El texto entiende que la RSE es un *“concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medioambiente más limpio”*, y refuerza el concepto al

---

<sup>1</sup> La Unión Europea, a través de documentos y programas e informes ha desarrollado un elenco de directrices que está ayudando a los Estados a desarrollar la RSE. Así, el Libro verde - Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. [COM/2001/0366 final]; Comunicación de la Comisión, de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible [COM(2002) 347 final], Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 22 de marzo de 2006, poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas [COM(2006) 136 final].

considerar *“la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”*.

Es precisamente esta última expresión, *las relaciones con los interlocutores de las empresas*, a la que debemos prestar especial atención en la medida en que integra la dimensión externa de la RSE, que se extiende más allá de la entidad, de los empleados, de sus socios, y alcanza a socios comerciales, proveedores, consumidores, y por supuesto a las *administraciones públicas*.

En la misma línea que en Europa, en España se aprobó el *Informe del Congreso de los Diputados para potenciar y promover la RSE (agosto 2006)*, así como el documento elaborado por el Gobierno español y las organizaciones empresariales y sindicales en el ámbito del diálogo social, *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (2014-2020)*, que define la RSE como un *“conjunto de compromisos de diverso orden económico, social y ambiental, adoptados por las empresas, las organizaciones e instituciones públicas y privadas y que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales, contribuyendo a su vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible”*.

La *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* de la Comisión Europea (COM (2011) 681 final) se inspira en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2000 y establece una nueva definición de RSE basada en *“la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”*, con el requisito previo de respetar la legislación aplicable y los convenios colectivos entre los interlocutores sociales. Así pues, *“para asumir plenamente la responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto a los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica”* (MONZÓN/VAÑO 2020)

La RS va pues más allá del cumplimiento normativo, y podemos considerarla una nueva forma de gestión y de desarrollar la actividad de la empresa en el mercado, apoyándose en los principios sociales, éticos y medioambientales fundamentalmente que ponen en el foco a las personas más vulnerables, a la incorporación de medidas de conciliación, de igualdad, de respeto al medio ambiente.

En el ordenamiento jurídico español contamos con varias normas que incorporan la RSE desde diferentes perspectivas:

- Desde el punto de vista de las sociedades mercantiles, el art. 529 de la Ley de Sociedades de Capital regula la *“política de responsabilidad social corporativa”* competencia exclusiva del consejo de administración e indelegable. La Ley 11//2018, de 28 de diciembre por la que se modifica el Código de Comercio, la LSC y la Ley de Auditoría de Cuentas regula la *“información no financiera y diversidad”*, consecuencia de la Directiva 2013/34/UE, modificada por Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre relativa a la regulación de información no financiera.
- La 3/2007, orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres incorpora un Título VII cuyo título es *“La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”*, con una orientación voluntaria de acciones en materia de RSE para lograr el equilibrio en materia

de género. En este texto se reconoce (art. 73) acciones de RS concretas: “*medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza*” cuyo fin sea la de promocionar condiciones de igualdad en el seno de la empresa o de su entorno social.

- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible incorpora importantes cambios en materia de RSE al destacar la obligación de divulgación, de publicar el informe anual de remuneraciones en sociedades cotizadas.
- La Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo consideraba que la responsabilidad corporativa debía ser objeto de estudio por parte de la Comisión de Expertos en materia de buen gobierno que elaboró las propuestas de modificaciones.
- La Ley 11/2018 en materia de información no financiera y diversidad declara la obligación de divulgación de información no financiera e información sobre diversidad de determinadas grandes empresas y grupos, con el fin de identificar los riesgos y contribuir a la mejora de la sostenibilidad, aumentar la confianza de los inversores, de los consumidores y de la sociedad en general, contribuyendo a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad.

En el ámbito autonómico destacaremos la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, per al fomento de la responsabilidad social cuyo objeto principal, puesto en relación con la dimensión externa a la que nos hemos referido supra, es promover y fomentar en el ámbito de la Comunidad Valenciana acciones y políticas socialmente responsables en las administraciones públicas, su sector público instrumental, en las empresas y en general en las organizaciones públicas o privadas.

La RS se define en este texto como conjunto de compromisos voluntarios, de diferente orden económico, social, ambiental y de buen gobierno adoptados por las empresas, las organizaciones e instituciones públicas y privadas que constituyen un valor añadido en la legislación aplicable y en los convenios colectivos y que contribuyen al mismo tiempo al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible.

En esta norma se recoge el régimen jurídico aplicable a entidades socialmente responsables de la Comunitat Valenciana, considerando como tales a aquellas que, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes integren de manera voluntaria en su gobierno, gestión y estrategia empresarial valores éticos, aspectos sociales y laborales, aspectos ambientales y aspectos de I+D+I.

La Ley posibilita que aquella entidad que quiera hacer un ejercicio de transparencia y visibilizar su buen gobierno corporativo pueda hacerlo y que le sea reconocido de forma verificada, previendo la singularidad de las pequeñas empresas.

## 2. Administraciones públicas socialmente responsables

A partir de las consideraciones realizadas supra, podemos señalar que una AAPP socialmente responsable es aquella que interactúa en el mercado con entidades de cualquier signo para el desarrollo o ejecución de sus fines con criterios sociales. De hecho, la propia LCSP introduce criterios sociales en la contratación pública a través de la inclusión de cláusulas sociales y la figura de reserva de mercado y contratos reservados.

Las AAPP socialmente responsables en los términos reguladas en la *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (2014-2020)* de 16 de julio de 2014, son aquellas que tienen un impacto en la sociedad. La RS conlleva una serie de valores sobre los que se debe construir una sociedad cohesionada y debe encaminarse hacia un sistema económico más sostenible. Pero además, la RS puede contribuir a reducir los efectos de las crisis económicas, la pérdida de puestos de trabajo, y a promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades así como promover la inclusión social. Las empresas para implementar la RS en sus organizaciones deben atender a las demandas sociales, medioambientales, éticas y de buen gobierno, el respeto a los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores. El “desarrollo sostenible es aquel que permite satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la habilidad e las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”. Our Common Future; Informe de la Comisión Brundtland; (World Commission on Environment and Development; 1987). La Estrategia española busca apoyar el desarrollo de las iniciativas tanto en organizaciones públicas como privadas, empresas y administraciones públicas.

La Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas fija cuatro objetivos y propone diez líneas de actuación a partir de los siguientes principios:

- **Competitividad:** La apuesta por la excelencia en la gestión redundará en la mejora de su posicionamiento en el mercado, en su productividad, rentabilidad y sostenibilidad. Innovación social.
- **Cohesión social:** Aumento de la eficacia de las organizaciones en la promoción de igualdad de oportunidades e inclusión social. Cláusulas sociales y contratos reservados.
- **Creación de valor compartido:** Colaboración efectiva con grupos de interés. Genera y refuerza el impacto positivo. Crear valor para la organización y para la sociedad en general.
- **Sostenibilidad:** Instrumento para desarrollar organizaciones conscientes de su papel principal en el logro de un desarrollo humano, económico y medioambiental sostenido en el tiempo. Evolución justa y responsable hacia una economía que consiga y desarrollo sostenible y un progreso social.
- **Transparencia:** Promoción de organizaciones transparentes para la mejora de la credibilidad y la confianza. Asunción de compromisos. Repercusión positiva en su reputación frente a los grupos de interés.
- **Voluntariedad:** Adopción voluntaria de la RS. Compromiso que implica valor añadido al cumplimiento de la normativa vigente.



La Estrategia busca crear un marco de RS común a todo el territorio nacional en base al cumplimiento de los principios de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, que pueden resultar afectados por las políticas en materia de RS.

En atención a las líneas marcadas por la Estrategia Española, se aprueba la Ley 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social de la Generalitat Valenciana que nos servirá de base para llevar a cabo el análisis de su aplicabilidad a las AAPP. Tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad social era algo propio de las empresas pertenecientes al sector privado, sin embargo, desde el momento en que se aporta un valor añadido a la sociedad a través de buenas prácticas en el ámbito social, ambiental y económico, los poderes públicos deben adoptar acciones de fomento de las mismas a través de políticas públicas de incentivos, promoviendo que las empresas incorporen criterios de responsabilidad social.

Pero además de introducir los criterios de responsabilidad social de manera indirecta, a través de la utilización de criterios sociales en la contratación de las entidades privadas para el desarrollo o ejecución de sus fines, las AAPP no pueden ser ajenas a que sus políticas se alineen con preocupaciones sociales o ambientales, más allá de las obligaciones legales. Las AAPP de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución Española deben ser legalmente responsables, en la medida en que están sujetas a la Ley, pero nada impide que en determinados ámbitos, con respeto al principio de legalidad, puedan ir más allá de los mínimos legales establecidos, y por ende, desarrollar en sus políticas, la responsabilidad social.

La legislación valenciana pretende dar respuesta y cobertura a diferentes cuestiones vinculadas a la responsabilidad social, y considera que por sus razones económicas, sociales, éticas y legales, debe ser considerada de interés público y no exclusivamente privada. La administración pública por tanto tiene la obligación de involucrarse y asumir un papel activo en el fomento de la responsabilidad social. Esta norma, de acuerdo con lo previsto en la Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible (Bruselas, 2.7.2002, COM [2002] 347, final), en su apartado 7.7 manifiesta que *“las administraciones públicas, incluida la comisión, deben integrar los principios de responsabilidad social en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con sus interlocutores [...] La comisión invita a las administraciones públicas a nivel nacional, regional y local a que examinen también sus prácticas con vistas a la integración de consideraciones de tipo social y medioambiental”*.

La iniciativa legislativa valenciana tiene por objeto favorecer el desarrollo de las prácticas socialmente responsables en las administraciones públicas y en las organizaciones públicas y privadas, con el fin de que constituyan el motor que guíe la transformación de la Comunitat Valenciana hacia una sociedad más sostenible y cohesionada y una economía más competitiva

El art. 15 de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat Valenciana, regula la administración socialmente responsable en la prestación de servicios públicos. Las administraciones públicas llevan a cabo medidas de modernización y mejora continua de los servicios públicos que prestan a la ciudadanía de la Comunitat Valenciana e instrumentarán acciones específicas destinadas a mejorar las relaciones de esta con la administración valenciana mediante la aplicación de instrumentos de gestión ligados a la utilización de tecnologías de la información y de la

comunicación. Añade el art. 16 que las administraciones públicas *“arbitrarán mecanismos para impulsar el gobierno abierto, la ética pública, la transparencia, la participación y la colaboración en la gestión pública, con el fin de generar vínculos de confianza entre la ciudadanía y las instituciones.”* Para conseguir una gestión responsable en la transparencia de la actividad pública, y sin perjuicio de la aplicación del Código de buen gobierno de la Generalitat, *“incorporarán al portal de transparencia las memorias de sostenibilidad o responsabilidad social que se elaboren con arreglo a lo previsto en esta ley”*.

En agosto de 2022 se ha aprobado el Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones. Este Decreto desarrolla a Ley 18/2018 de la GV, en la que se promueve y fomentan acciones sobre la RS, siguiendo lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de diciembre de Contratos del Sector Público (LCSP), así como con las Directivas Europeas sobre la contratación pública responsable, que reconocen la incorporación de cláusulas de responsabilidad social y de transparencia en la contratación pública de la Comunitat Valenciana, así como en las convocatorias de ayudas y subvenciones, fijando como obligatorio la incorporación en los pliegos de contratación y en las convocatorias de ayudas, criterios sociales, ambientales, éticos y de transparencia.

### 3. Colaboración público-privada en las políticas públicas

La colaboración público-privada tradicionalmente se ha configurado a través de los contratos PPP o de *Project Finance* y se han articulado entorno a la expresión popular, *“corre el dinero y corre”*<sup>2</sup>. La falta de controles ex ante y ex post, ha llevado al fracaso a numerosas de estas alianzas, y como consecuencia, a una falta de confianza en el sector privado por parte de las administraciones públicas. La estructuración de un proyecto de colaboración público-privada debe ser formalizarse desde la perspectiva pública y la privada, con una correcta gestión de los riesgos, para evitar que se entorpezca el proceso y que sean las AAPP las que asuman la mayor parte de los riesgos. Pero además, la competencia entre licitadores, tal y como señala la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)<sup>3</sup> es la manera de asegurar que *“las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos. La promoción de la competencia en esta área de actividad es consistente con los principios que informan la propia normativa sobre contratación pública, a saber: la libertad de*

---

<sup>2</sup> VAÑÓ VAÑÓ, M.J.: El contrato de "Project finance", Tirant lo Blanch, 2002 ; "El contrato de "project finance"" en *Shadow Banking y financiación empresarial alternativa* / coord. por Rafael Marimón Durá Árbol académico, 2017, págs. 263-288; "El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)" en *Revista española de capital riesgo*, Nº. 3, 2019, págs. 5-20; "La colaboración público-privada a través de entidades de la economía social", en *Noticias de la economía pública social y cooperativa = Noticias CIDEDEC*, Nº. 64, 2020 (Ejemplar dedicado a: La colaboración público-privada a través de las entidades de la Economía Social), págs. 28-49.

<sup>3</sup> Guía sobre Contratación Pública y Competencia. CNMC. Actualizada en 2021. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702\\_10.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702_10.pdf)

*acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

Es un hecho que los contratos públicos desempeñan una función esencial en las economías de los estados miembros, así, el Parlamento Europeo<sup>4</sup> cuantifica el volumen de contratación pública para la realización de obras y la prestación de servicios en 2.448 millones de euros, lo que convierte a este tipo de contratación en uno de los principales vectores de crecimiento económico, creación de empleo e innovación<sup>5</sup>.

Estas operaciones permiten a las AAPP externalizar las actividades y servicios, y las entidades privadas pueden estar interesadas en conseguir a la administración pública como cliente preferente por volumen de contratación y por la seguridad en los pagos.

Las alianzas público-privadas tradicionalmente desarrolladas a través de sociedades de capital con un objetivo principal configurado entorno al ánimo de lucro repartible entre las personas socias, y los problemas de gestión de riesgos en este tipo de contratos, obliga al legislador a articular unos pilares sólidos en el que se determine la posición que ocupan todas las partes participantes en el proyecto. Esta revisión de las relaciones y su plasmación equilibrada en el contrato es necesaria con el fin de lograr un beneficio mutuo para los participantes, lo que debe configurarse a través de un sistema de contrapesos en la transferencia de riesgos y en la gobernanza. A ello contribuirá sobremedida la participación de entidades de la economía social. La Ley 5/2011 de 29 de marzo de ES (ES) reconoce la importancia de las empresas de este ámbito económico, así como la necesidad de su promoción en atención a sus fines y principios. Sin embargo, en la práctica se detectan ciertas rigideces en la materialización de este apoyo a través de colaboraciones público-cooperativas en forma de contratación pública. Estamos pues ante un nuevo paradigma que busca combinar el criterio económico con la sostenibilidad, priorizando los criterios sociales que permitan la atención de necesidades y la satisfacción de expectativas de personas y entornos. En el momento actual de emergencia sanitaria y crisis económica, consecuencia de la COVID19 y la invasión de Rusia en Ucrania, las entidades de la economía social han probado ser particularmente resilientes a las adversidades económicas.

La colaboración público-privada a través de entidades de la economía social es particularmente destacable en la medida en que las entidades de la ES persiguen unos fines íntegramente vinculados y alineados con los objetivos de las AAPP. Se trata de un ajuste que destaca si atendemos a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ya que las entidades de la ES diseñan acciones dirigidas a atender las necesidades de las personas, el fin social, de sus miembros, y por tanto coincide con los fines perseguidos por los ODS, es decir, superar el modelo económico imperante para priorizar la atención a las necesidades de las personas sobre otros objetivos de carácter financiero.

---

<sup>4</sup> <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos>

<sup>5</sup> VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2022) Dir.: Mecanismos de colaboración público-privada a través de entidades de la economía social. Laboratorio de transformación social ODS. IUDESCOOP.

Hasta fechas recientes, nadie se había centrado en el análisis de las posibilidades de desarrollar alianzas estratégicas público-privadas con entidades de la economía social, pero es un hecho que se han formalizado tradicionalmente a través de diferentes fórmulas reguladas en la normativa del sector público y que han permitido ofrecer servicios a los ciudadanos, de carácter social. El sector de la economía social es un motor de cambio del modelo económico y se encuentra alineado con los intereses de las AAPP.

Más recientemente los organismos internacionales se han manifestado a favor de la CPP pero desde una perspectiva social, respetuosa con el crecimiento sostenible de nuestro planeta, en el que se prime las personas, el medio ambiente, y la cohesión social.

Así se ha manifestado en la Agenda 2030 de Desarrollo sostenible que Naciones Unidas adoptó en septiembre de 2015, que ha puesto las bases sobre las que construir un modelo de crecimiento inclusivo respetuoso con el planeta. La economía social está a la vanguardia de la Agenda 2030 aportando un modelo empresarial basado en la primacía de la persona, la transparencia, la democracia, la solidaridad y la cohesión social. Estos valores se encuentran en la base de iniciativas que se exponen en este trabajo y que contribuyen a todos los ODS compaginando eficiencia y competitividad empresarial con progreso y responsabilidad social.

La Agenda 2030 propone una alianza de colaboración entre países y partes interesadas para “liberar a la humanidad de la tiranía de la pobreza y las privaciones y a sanar y proteger nuestro planeta”. Para ello marcan 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas, retomando los Objetivos de Desarrollo del Milenio con el fin de alcanzar lo que estos no lograron. Se trata de ODS y metas integrados y que no pueden entenderse de manera autónoma, conjugando las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

Señala la Agenda 2030, en relación con las cuestiones sistémicas, la necesidad de aumentar la coherencia normativa e institucional, aumentar la estabilidad macroeconómica, incluso mediante la coordinación y coherencia de las políticas, mejorar las políticas para el desarrollo sostenible, y respetar el margen normativo y el liderazgo de cada país para establecer y aplicar políticas de erradicación de la pobreza y desarrollo sostenible.

Presta una especial atención a la alianza entre múltiples interesados con el fin de mejorar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible, lo que deberá complementarse en alianzas entre múltiples interesados que movilicen e intercambien conocimientos, especialización tecnología y recursos financieros, especialmente en países en desarrollo. Pero, sobre todo, añade, fomentar y promover la creación de alianzas eficaces en las esferas, pública, público-privada y de la sociedad civil, aprovechando la experiencia y las estrategias de obtención de recursos (ODS 17).

El contrato de colaboración público-privada jugó un papel esencial en el proceso de liberalización y desregulación llevado a lo largo de los últimos años del siglo XX al reducir el papel intervencionista del estado en el proceso de generación de inversiones y reducción del gasto

público al dejar en manos privadas la puesta en funcionamiento de infraestructuras o servicios públicos, reduciendo al menos en un primer momento, la aportación pública de fondos<sup>6</sup>.

Son contratos en los que subyace un contrato público, articulado habitualmente entorno a una concesión de servicio o de obra pública, sin embargo, atendiendo a la normativa reguladora del sector público, encontramos diferentes vías de colaboración que dependerá del tipo de actividad o servicio a desarrollar, y el nivel de implicación de las AAPP en el proyecto.

La CPP realizada desde las entidades de la economía social aporta un modelo de colaboración en el que se aúnan los valores de primacía de las personas, transparencia, democracia, solidaridad y cohesión social. Las entidades del sector de la economía social están especialmente comprometidas con la Agenda 2030, y en especial con los ODS relacionados con el empleo, la reducción de las desigualdades económicas y sociales, el desarrollo local, la igualdad de género, el acceso a una educación de calidad para todas las personas o la inserción en el mercado laboral de colectivos en exclusión. Ese compromiso se deriva de su particular naturaleza jurídica y los principios que la rigen según dispone el art. 4 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, a saber:

- Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, lo que se concreta en una gestión autónoma, transparente, democrática y participativa. Las decisiones se adoptan en función de las personas y de sus aportaciones de trabajo o servicios prestados y no en función del capital social.
- Los resultados obtenidos de la actividad económica se aplican en función del trabajo aportado, servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros, y en cualquier caso al fin social objeto de la entidad.
- Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.
- Independencia respecto de los poderes públicos.

Forman parte de la economía social (art. 5LES) las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios del art. 4 LES.

---

<sup>6</sup> VAÑÓ VAÑÓ, M.J.: El contrato de "Project finance", Tirant lo Blanch, 2002 ; "El contrato de "project finance"" en *Shadow Banking y financiación empresarial alternativa* / coord. por Rafael Marimón Durá Árbol académico, 2017, págs. 263-288; "El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)" en *Revista española de capital riesgo*, Nº. 3, 2019, págs. 5-20; "La colaboración público-privada a través de entidades de la economía social", en *Noticias de la economía pública social y cooperativa = Noticias CIDEDEC*, Nº. 64, 2020 (Ejemplar dedicado a: La colaboración público-privada a través de las entidades de la Economía Social), págs. 28-49.

Como señala CEPES en su Informe de la Contribución de la Economía Social a los ODS, el compromiso del sector con la solidaridad hace que esta vocación transformadora se extienda a territorios de terceros países que sufren bajos niveles de desarrollo, promoviendo proyectos de cooperación al desarrollo u otros que pueden dirigirse a la internacionalización empresarial y que tienen impacto en el desarrollo sostenible en las líneas marcadas por la Agenda 2030 a nivel global<sup>7</sup>.

Según la OCDE<sup>8</sup>, las colaboraciones público-privadas son acuerdos contractuales a largo plazo entre AAPP y socio del sector privado donde este último realiza la inversión, la financia y presta un servicio público usando un activo de capital y compartiendo los riesgos asociados a un proyecto. La fórmula más generalizada del CPP incluye un contrato de concesión en la que se incluyen las tareas de diseño, construcción, financiación, mantenimiento y explotación durante la vigencia del contrato. En el mismo sentido se pronuncia el Banco Mundial que considera CPP todo acuerdo contractual entre una entidad o autoridad pública y una entidad privada para la prestación de un bien o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo y una responsabilidad de gestión significativos. *“Cuando las alianzas público-privadas se diseñan correctamente y se implementan en entornos regulatorios equilibrados pueden aportar mayor eficacia y sostenibilidad a la prestación de servicios públicos como agua, saneamiento, energía, transporte, telecomunicaciones, atención de salud y educación. Las APP también pueden permitir una mejor distribución de riesgos entre las entidades públicas y privadas.”*<sup>9</sup>

La OCDE ya en 2015 publicó un informe (*The innovation imperative in de Public Sector*) en el que llamaba a desarrollar una agenda política en la que el sector público fomentara y produjera innovación a partir de cuatro claves fundamentales: el capital humano; el conocimiento, fomentando el libre flujo de información y evidencia empírica para lograr inteligencia institucional; la colaboración público privada, fomentando espacios de gobernanza colaborativa, compartir riesgos y trabajar conjuntamente por la innovación; y reforma administrativa para asegurar que las normas y procesos internos estén equilibrados fomentando la innovación.

El 17 de julio de 2020 el Consejo de la OCDE aprobó una Recomendación sobre la Gobernanza de infraestructuras a propuesta del a propuesta del Comité de gobernanza pública en cooperación con el Comité de políticas de desarrollo regional. El propósito de la Recomendación es *“completar y actualizar el Marco de la OCDE para la gobernanza de las infraestructuras: Hacia infraestructuras exitosas (el “Marco”)*<sup>10</sup>, *y facilitar una herramienta para ayudar a los gobiernos a invertir en proyectos de infraestructura de forma rentable, asequible y con la confianza de los inversores, los ciudadanos y otras partes interesadas.”*

Esta recomendación propone cambios en el gobierno que abarque todo el ciclo de vida de los proyectos de infraestructuras y que preste especial atención a las perspectivas regional, social,

---

<sup>7</sup> 4º INFORME sobre la experiencia de las empresas españolas de Economía Social en la Cooperación al Desarrollo 2017-2019. Y más recientemente, Economía Social: Palanca De Crecimiento Inclusivo Para Una Recuperación Social y Económica Acorde Con La Agenda 2030.

<sup>8</sup> Vid. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0460>

<sup>9</sup> <https://www.bancomundial.org/es/topic/publicprivatepartnerships/overview#1>

<sup>10</sup> Vid. <https://www.oecd.org/publications/getting-infrastructure-right-9789264272453-en.htm>

de género, de resiliencia y medioambiental en un momento de necesidad de recuperación económica frente a la crisis económica y social generada por la COVID19. Las inversiones públicas deben contribuir a la reactivación económica sostenible, a reforzar la resiliencia de las infraestructuras frente a los desafíos del cambio climático y crecimiento inclusivo, entre otros.

Los ejes fundamentales son los siguientes:

- Desarrollar una visión estratégica a largo plazo para las infraestructuras (supervisada, sostenible, transparente, responsable...)
- Defender la sostenibilidad presupuestaria, la asequibilidad y la relación coste-prestación (sostenible, asequible, social, transparente...)
- Garantizar una contratación eficiente y efectiva de proyectos de infraestructura (procedimientos abiertos, transparentes, competitivos...)
- Garantizar una participación transparente, sistemática y eficaz de las partes interesadas.
- Coordinar la política de infraestructuras en todos los niveles de la administración.
- Promover un marco regulatorio coherente, previsible y eficiente.
- Implantar un enfoque de gobierno completo para gestionar las amenazas a la integridad.
- Promover la toma de decisiones informada con datos empíricos.
- Asegurar que el activo desempeña su función durante toda su vida útil.
- Reforzar la resiliencia de infraestructuras críticas.

En todo caso, las entidades del sector público podrán ayudar al fomento de la competencia en los procesos de contratación pública desarrollando procedimientos de contratación que ni en su diseño, ni en el desarrollo, ni posteriormente en su ejecución, introduzcan restricciones injustificadas de la competencia, y además, ayudando a prevenir y combatir potenciales actuaciones ilícitas de colusión entre las empresas oferentes en el proceso de contratación (*bid rigging*)<sup>11</sup>.

### 3.1. Estado de la cuestión en la Unión Europea

Desde la Unión Europea se han desarrollado durante las últimas décadas diferentes iniciativas incentivadoras de la colaboración público-privada especialmente a partir del refuerzo de la contratación pública como parte esencial de la actuación de los poderes públicos que se dirige a crear una sociedad más equitativa basada en la igualdad de oportunidades, crecimiento

---

<sup>11</sup> Guía sobre Contratación Pública y Competencia. CNMC. Actualizada en 2021. [https://www.cnm.es/sites/default/files/1185702\\_10.pdf](https://www.cnm.es/sites/default/files/1185702_10.pdf)

económico sostenible y una participación amplia del mercado. La contratación pública eficiente en definitiva redundará positivamente en la sostenibilidad de las cuentas públicas<sup>12</sup>.

El Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>13</sup> de 30 de abril 2004 señalaba que “la expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.”

Destacaba como características de este tipo de CPP las siguientes:

- Duración relativamente larga de la relación de colaboración.
- El modo de financiación del proyecto estaría en parte garantizado por el sector privado en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes, aunque se podría completar con financiación pública.
- El operador económico desempeña un importante papel en las diferentes fases del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación) mientras que el socio público se concentra en definir los objetivos a alcanzar en materia de interés público, calidad de los servicios y política de precios, a la vez que garantiza el cumplimiento de los mismos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado. No es responsabilidad exclusiva de ninguna de las dos partes. Es esencial el reparto preciso de los riesgos derivados de la operación, en función de las capacidades de las partes para evaluar, controlar y gestionarlos.

Hasta la publicación del Libro Verde, se destacan por este que las autoridades públicas han recurrido a este tipo de operaciones para realizar proyectos de infraestructura en los sectores del transporte, sanidad pública, educación y seguridad pública. Pero las autoridades públicas suelen recurrir a este tipo de operaciones para garantizar la gestión de servicios públicos, especialmente en el ámbito local (gestión de residuos, distribución de agua o energía...). En cualquier caso, señala el Libro Verde que el reto al que se enfrenta el mercado interior es el desarrollo de la CPP en condiciones de competencia real y claridad jurídica.

Tras la publicación del Libro Verde y el interés mostrado por las autoridades públicas de los Estados Miembros, la Comisión elaboró la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración Público-Privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones

---

<sup>12</sup> Vid por todos: VAÑÓ VAÑÓ, M.J.: El contrato de "Project finance", Tirant lo Blanch, 2002; “El contrato de "project finance"” en *Shadow Banking y financiación empresarial alternativa* / coord. por Rafael Marimón Durá Árbol académico, 2017, págs. 263-288; “El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)” en *Revista española de capital riesgo*, Nº. 3, 2019, págs. 5-20; “La colaboración público-privada a través de entidades de la economía social”, en *Noticias de la economía pública social y cooperativa = Noticias CIDEC*, Nº. 64, 2020 (Ejemplar dedicado a: La colaboración público-privada a través de las entidades de la Economía Social), págs. 28-49.

<sup>13</sup> <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e>



(15.11.2005. COM (2005) 569 final) en la que advierte que a pesar de los beneficios que se pueden obtener de la técnica de CPP, debido a los conocimientos específicos del mercado y a la disponibilidad de más recursos, es preciso evaluar si la CPP es la mejor opción frente a otras fórmulas tradicionales de contratación. De hecho, la Comisión analiza tanto la adjudicación de concesiones, como la colaboración pública institucionalizada, a través de la creación de empresas con participación conjunta de un socio público y uno privado para la prestación de servicios públicos; pero no considera necesaria una regulación específica sobre la CPP contractual<sup>14</sup>.

Posteriormente, en 2009, se aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)<sup>15</sup> en la que se afirma que la CPP es una forma de cooperación entre AAPP y sector privado con el fin de modernizarla oferta de infraestructuras y de servicios públicos estratégicos que pueden favorecer la recuperación económica, la estabilidad del sector financiero y la innovación.

El Comité Económico y Social Europeo emitió en 2009 un Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo

de la colaboración público-privada (CPP)» COM(2009) 615 final (2011/C 51/12). DOUE C 51 de 17.2.2011, págs. 59-66. El Dictamen destaca las ventajas de la CPP:

- a) *“reducir los gastos en infraestructuras, aprovechando la eficiencia económica y el potencial innovador de un sector privado competitivo;*
- b) *repartir el coste de financiación de la infraestructura a lo largo de toda su vida útil;*
- c) *mejorar la distribución de riesgos entre los participantes públicos y privados;*
- d) *impulsar los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo;*
- e) *ofrecer al sector privado un papel fundamental en el desarrollo y la aplicación de estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructuras;*
- f) *por último, ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en el ámbito de la contratación pública en los mercados de terceros países”.*

Pero también señala los peligros de esta CPP, fundamentalmente riesgos asociados a la renegociación de los contratos y como consecuencia de ello, el incremento de los costes a largo plazo, reducción de la competencia y cláusulas contractuales excesivamente complejas y falta de transparencia.

---

<sup>14</sup> Vid. la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02) DOCE C 91, 12.4.2008.

<sup>15</sup> 19.11.2009. COM(2009) 615 final.

Con la publicación de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento», (Bruselas, 13.4.2011. COM(2011) 206 final) se trata de poner fin a la fragmentación del mercado y de *“eliminar los obstáculos que se oponen a la a la circulación de los servicios, a la innovación y a la creatividad. Se trata también de reforzar la confianza de los ciudadanos en el mercado interior y de ofrecer a los consumidores todas sus ventajas. El objetivo es llegar a un mercado mejor integrado que desempeñe plenamente el papel de plataforma de base sobre la que construir la competitividad colectiva de las mujeres y los hombres, de las empresas y de los territorios europeos, incluidos los más alejados y los menos desarrollados”*.

Siguiendo la línea en el tiempo, encontramos la denominada “Estrategia Europea 2020” en la que la contratación pública desempeña un papel clave, al configurarse como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. A partir de ahí surgen las nuevas directivas, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El **Consejo Europeo del 21 de julio de 2020**, consciente de la necesidad, en este momento histórico de crisis sanitaria mundial, de realizar un esfuerzo sin precedentes y de un planteamiento innovador que impulsen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea, acordó un paquete de medidas de gran alcance que aúnan el futuro marco financiero plurianual para 2021-2027 y la puesta en marcha de un Instrumento Europeo de Recuperación («Next Generation EU»).

Con este Plan, se apuesta por la inversión tanto pública como privada para tratar de remediar los daños producidos por la pandemia a través de dos elementos:

- El Instrumento de Recuperación (temporal) Next Generation EU, por valor de 750.000 millones de euros, financiado a través de deuda emitida en los mercados financieros; y
- Un marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027 remodelado y reforzado, a través de los instrumentos ya existentes, junto con la creación de nuevas medidas y programas, incluyendo el mecanismo «Next Generation EU».

El Reglamento europeo<sup>16</sup> que regula la ejecución de estos fondos, ha incluido seis pilares sobre los que deben converger los proyectos<sup>17</sup>:

---

<sup>16</sup> Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

<sup>17</sup> «Orientaciones dirigidas a los Estados miembros. Planes de Recuperación y Resiliencia» SWD(2020) 205final. Comunicación de la Comisión Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de

- a) transición ecológica;
- b) transformación digital;
- c) crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pymes sólidas;
- d) cohesión social y territorial;
- e) salud y resiliencia económica, social e institucional, con objeto, entre otros, de aumentar la preparación y capacidad de reacción ante las crisis; y
- f) políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.

El Reglamento señala en su art. 4 que en consonancia con los seis pilares mencionados, la coherencia y las sinergias que generan y en el contexto de la crisis de la COVID, el objetivo general del Mecanismo será fomentar la cohesión económica social y territorial, mejorando la resiliencia, la preparación frente a las crisis, la capacidad de ajuste y el potencial de crecimiento de los Estados miembros, mitigando el impacto social y económico de dicha crisis, en particular en las mujeres, contribuyendo a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, apoyando la transición ecológica, contribuyendo al desarrollo de los ODS, la transición digital, la convergencia económica y social, la restauración y promoción del crecimiento sostenible y la integración de las economías de la Unión, fomentando la creación de empleo de calidad y contribuyendo a la autonomía estratégica de la Unión junto con una economía abierta y generando valor añadido europeo.

A través de este Mecanismo se procurará un adecuado equilibrio de la riqueza, de los derechos y de los deberes, para avanzar en una sociedad más inclusiva, social, transparente. El principal reto al que se enfrentan los Estados miembros es al de la selección de los mejores proyectos que deban ser financiados, y que deberán estar alineados con los principios y objetivos marcados por las autoridades europeas. Su desarrollo en España se ha realizado a través del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (publicado en el BOE de 31 de diciembre de 2020).

La Comisión Europea propuso un Reglamento relativo a la creación de un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud, con una previsión de aumento de la adjudicación de contratos públicos (medicamentos, vacunas, nuevos tratamientos y datos)<sup>18</sup>.

---

contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19 2020/C 108 I/01 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.108.01.0001.01.SPA>

<sup>18</sup> Reglamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de marzo de 2021 por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud («programa UEproSalud») para el período 2021-2027 y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.o 282/2014 (Texto pertinente a efectos del EEE). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021R0522>

El papel del Parlamento Europeo en el ámbito de la promoción de la colaboración público-privada ha sido esencial a través de la elaboración de diferentes estudios sobre el marco de contratación pública de la Unión Europea para la consecución entre otros objetivos, del Acuerdo de París y la Estrategia de la Economía Circular<sup>19</sup>, pero destaca también el trabajo de investigación solicitado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor para su informe “Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores”<sup>20</sup> de 25 de noviembre de 2020. En 2021 se presentó el estudio *The impact of COVID-19 on the Internal Market*<sup>21</sup>. Ya en 2022 el Parlamento aprobó una Resolución sobre la propuesta de la Comisión IMCO sobre la propuesta de la Comisión relativa al Instrumento de Contratación Pública Internacional (ICPI), firmándose el acto definitivo el 23 de junio de 2022. Su principal objetivo es el fomento de la apertura de los mercados mundiales de la contratación pública<sup>22</sup>.

### 3.2. Estado de la cuestión en España

Desde la perspectiva legal encontramos dos aspectos esenciales y diferenciales, por una parte, aunque dicha estructura no goza de regulación específica en nuestro país como contrato autónomo, se debe diferenciar entre la normativa reguladora de la contratación pública y el régimen jurídico privado regulador de la entidad que vaya a participar en este proyecto; a lo que añadiremos el principio de autonomía de la voluntad recogido en los artículos 1190 y 1255 del Cc que permite la incorporación de esta institución a nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso debemos recordar que nuestra Constitución Española ordena, en su art. 128 a136, a los poderes públicos, promover eficazmente las diversas formas de participación en las empresas; de hecho, se prevé la posibilidad de que tanto sujetos públicos como privados puedan iniciar toda clase de empresas o actividades económicas siempre en base al respeto de las reglas de la competencia y la de actuación en plena igualdad. No hay que olvidar que la iniciativa económica se enmarca en un estado social y democrático de derecho, por tanto, en una economía social de mercado, a través de la cual se integra un sistema de competencias económicas ligado a objetivos sociales.

Estas directrices constitucionales se han ido plasmando en la normativa reguladora del sector público en un intento por desarrollar la ayuda mutua entre el Estado y los ciudadanos a través de diferentes fórmulas de colaboración que integren cuatro principios fundamentales de la CPP,

---

<sup>19</sup> The EU's Public Procurement Framework How is the EU's Public Procurement Framework contributing to the achievement of the objectives of the Paris Agreement and the Circular Economy Strategy? 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/648770/IPOL\\_BRI\(2020\)648770\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/648770/IPOL_BRI(2020)648770_EN.pdf)

<sup>20</sup> Se puede consultar en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_ES.html)

<sup>21</sup>

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/658219/IPOL\\_STU\(2021\)658219\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/658219/IPOL_STU(2021)658219_EN.pdf)

<sup>22</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2022, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países (COM(2016)0034 – C9-0018/2016 – 2012/0060(COD)) [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0241\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0241_ES.html) y la revisión del instrumento de contratación pública se puede consultar en el siguiente enlace [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0241\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0241_ES.html)

la mayor eficiencia económica, implicación más directa del sector privado, aumento y mejora de la cantidad y calidad de los equipamientos y servicios públicos y la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas.

La estructuración de proyectos de colaboración público-privada es una operación compleja en la que habitualmente subyace un contrato de concesión administrativa, aunque tal y como vemos en este trabajo, existen numerosas iniciativas distintas como los convenios, las cláusulas sociales o los contratos reservados, entre otros. Se trata de una estructura en la que pueden existir diferentes grados de privatización de la obra o servicio objeto de desarrollo. Por una parte, encontramos aquellos proyectos en los que existe un **bajo grado de privatización**, puesto que la propiedad de las instalaciones no se transfiere al sector privado; los proyectos con un **grado intermedio** de privatización en los que la propiedad se transfiere durante un determinado periodo de tiempo (mientras dure el contrato) y por último, la estructura que implica un **alto grado de privatización**<sup>23</sup> en el que se lleva a cabo la cesión de la propiedad sin ningún tipo de límite temporal, lo que combina mal con la normativa reguladora del sector público en la que se fijan diferentes plazos según el tipo de contrato formalizado (art. 29 LCSP).

La vigente LCSP, justifica, en su exposición de motivos, la desaparición de la regulación de la colaboración público-privada, en la que se integraba un contrato de concesión (anterior normativa reguladora de los contratos del sector público), con el argumento, con el que coincidimos, de que es posible desarrollarla a través de los diferentes contratos recogidos en el texto legal.

La enumeración de los contratos públicos se encuentra especificada en el art. 5 LCSP en que se identifican los *contratos de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios, de servicios y de suministro*, entre otras figuras, a las que debemos añadir aquellos instrumentos que, como complemento a los contratos, permiten que cumplan una función social. Se trata del reconocimiento de los contratos reservados y de la posible incorporación de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública. En cualquier de los contratos enumerados en este epígrafe, se deberán respetar los principios recogidos en el art. 1 de la LCSP, es decir, que se ajusten a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; además de asegurar la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Junto a los instrumentos de los que nos provee Ley 9/2017, de 8 de noviembre, del Contrato del Sector Público (LCSP), no podemos olvidar la legislación administrativa, y de manera específica, las normas que rigen el patrimonio público, como la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) entre otras.

En la actualidad nos interesa destacar especialmente la normativa sobre la implementación de NEXT GENERATION UE en España que supondrá un gran avance en el desarrollo de la CPP.

---

<sup>23</sup> Suele utilizarse habitualmente en el desarrollo de proyectos de canalización y saneamiento de aguas y de residuos sólidos urbanos.

Con el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y se introducen reformas estructurales a través de cambios normativos e inversiones, y permitirán: a) un cambio del modelo productivo para para la recuperación de la economía tras la pandemia causada por la COVID 19 y además, b) una transformación hacia una estructura más resiliente que permita que nuestro modelo sepa enfrentar con éxito otras posibles crisis o desafíos en el futuro. Se trata de un Real Decreto que ha sido sometido a su convalidación (aprobada el 28 de enero) para iniciar su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley por procedimiento de urgencia. El principal reto al que se enfrentan los estados es el de optimizar la absorción de los fondos europeos que se canalizarán a través del Instrumento Europeo de Recuperación (“Next Generation EU”). Esta norma introduce reformas en el ámbito de la contratación pública y en materia de subvenciones, recoge medidas organizativas y presupuestarias, y trata de dinamizar los mecanismos de colaboración público-privada.

El objeto de la norma, declarado en su articulado es, *“establecer las disposiciones generales precisas para facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo del pasado 21 de julio de 2020 con la finalidad de impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo, recuperar y reparar los daños de la crisis ocasionada por la pandemia del SARS-CoV-2, y promover un proceso de transformación estructural, a través de medios tales como la inversión pública y privada, la doble transición ecológica y digital y el refuerzo de la cohesión económica, social y territorial en el marco del mercado único europeo”*.

El 13 de abril de 2021 el Gobierno de España presentó el denominado “Proyecto Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” acompañado de cuatro Anexos. El Plan de Recuperación definitivo, se aprobó por el Consejo de Ministros en sesión de fecha 27 de abril de 2021.

El 30 de abril de 2021 fue publicada en el BOE la Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, “Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”. Esta resolución incluye las medidas recogidas por el Plan, de acuerdo con los seis pilares establecidos por el Reglamento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Uno de los aspectos a destacar del Plan es la creación de Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE), concebidos como una nueva forma de colaboración público-privada y que se describen en el preámbulo del RDL36/20. Pero no olvidemos el gran paso que se realizará con la modernización de las AAPP reconvirtiendo y redefiniendo los procesos internos para lograr una mejor gestión que suponga la liberación de recursos de acuerdo con un modelo de mejora continua de la administración pública.

Este RD Ley 36/2020 regula la cooperación institucional a través de sociedades de economía mixta y a constitución de consorcios para la adjudicación de los PERTE, siempre con respeto de la normativa reguladora del sector público y en particular de la DA 29 LCSP. La Ley 40/2015, de

1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) aclara qué sociedades pueden ser consideradas públicas, así, entiende (art. 111) que son las sociedades que cuentan con un socio mayoritario o con un socio de control público.

La característica fundamental de estas entidades es que se mezclan elementos privados y públicos que suelen provocar numerosos problemas, derivados de su propia estructura de capital, menos compleja cuando estamos ante una sociedad unipersonal y mucho más complicada, cuando estamos ante una sociedad mixta con varios socios, públicos y privados.

La vigente normativa reguladora de estas entidades respeta las tres normas básicas, esenciales, por una parte, la LRJSP y la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP, la normativa reguladora de sociedades, según el tipo social adoptado, y la cláusula de excepción cuando sea de aplicación la normativa administrativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico financiero y de contratación tal y como reconoce el art. 113 LRJSP.

Las estructuras mixtas, en las que junto al socio público existe un socio privado, el conflicto puede surgir inevitablemente por que la finalidad del socio público será la de realizar la actividad encomendada a la sociedad, con la consecución del interés general, mientras que, probablemente, el socio privado perseguirá un fin lucrativo, aunque se podrán fijar estatutariamente criterios alineados con los objetivos perseguidos por la administración pública participante y por tanto, se podrán desarrollar persiguiendo un interés público.

Dentro del sector público se integran junto a las administraciones públicas el denominado sector público institucional (SPI) del que forman parte organismos y entidades de derecho público o de derecho privado vinculados o dependientes de las administraciones públicas en los términos establecidos por el art. 2 LRJSP.

La Administración General del Estado o entidad integrante del SPI estatal no podrá, por sí misma ni en colaboración con otras entidades públicas o privadas, crear, ni ejercer el control efectivo, directa ni indirectamente, sobre ningún otro tipo de entidad distinta de las enumeradas en el art. 84 LRJSP. En el mismo sentido se regula para la Generalitat Valenciana (art. 156-158 Ley 1/2015) que *solo podrá constituir o integrarse en entidades que adopten la forma jurídica de sociedad mercantil, fundación o consorcio.*

En cuanto a las entidades públicas locales (EPL), éstas pueden constituir fundaciones y sociedades mercantiles para la prestación directa de servicios, siempre que su patrimonio o capital pertenezcan íntegramente a la entidad local (art. 85 LSCL<sup>24</sup> y 103 TRRL). Además, las EPL podrán constituir o participar en sociedades mercantiles o cooperativas para la gestión indirecta de servicios en los términos previstos en el art. 104.1 TRRL. La vigente LRBRL, señala en su art. 85.2 B, que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, y la gestión indirecta se realizará mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del

---

<sup>24</sup> El Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (arts. 30 a 155) están vigentes en cuanto no se opongan a las leyes y al Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según la Disposición derogatoria única. 1. f) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba este último Reglamento.

Sector Público de 2011. La vigente Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 contempla la posibilidad de celebrar contratos incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta (art. 28 y disposiciones adicionales 22ª y 43ª, entre otras).

Por otra parte, la Ley 8/2010 de régimen local de la Comunitat Valenciana reconoce un amplio margen a las entidades locales para la creación y prestación de servicios públicos y la realización de las actividades económicas que estimen pertinentes para la satisfacción de las necesidades de sus vecinos (art. 196 y 197). A lo que añadimos que, la disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP reconoce la posibilidad de adjudicación de contratos de concesión de obras y de servicios a sociedades de economía mixta cuando concorra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se efectúe de conformidad con las normas previstas en la propia LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que fueron tenidas en cuenta en la selección del socio privado.

### 3.3. Especial referencia a la Comunitat Valenciana

La CPP en el ámbito autonómico se regula por la normativa anteriormente mencionada a lo que debemos añadir la normativa reguladora de las competencias autonómicas y la relativa al fomento de la CPP.

La LBRL diferencia entre competencias propias de los municipios, competencias atribuidas por delegación, y otras competencias (vid. Sentencia 41/2016, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional) que pueden ejercerse, bajo ciertas condiciones, como prevé el art. 7.4, si no ponen en riesgo la sostenibilidad financiera de la hacienda local y no se incurre en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio por otra AAPP. En el mismo texto se fijan las materias que son de competencia propia de los municipios (art. 25.1), aunque la determinación de estas deberá fijarse por Ley (art. 25.3). Sin embargo, la norma concreta algunos servicios que deberán prestar los municipios (art. 26.1) y otros que se deberán prestar bajo la coordinación de la Diputación provincial o entidad equivalente (art. 26.2). Por último, contempla que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas puedan, en el ejercicio de sus respectivas competencias, delegar en los municipios el ejercicio de las estas (art. 27)<sup>25</sup>.

El régimen jurídico aplicable a la relación de materias de competencia municipal fue modificado con la promulgación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) en aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales de acuerdo con el mandato dado por la Ley Orgánica 2/2012.

El objetivo de la LRSAL fue el de clarificar las competencias locales y avanzar en el principio *“una administración, una competencia”* de tal forma que se evitaran los problemas de los solapamientos de competencias entre administraciones, racionalizar la estructura organizativa, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada.

---

<sup>25</sup>FAJARDO/VAÑÓ/MERINO: Claves para la colaboración público-privada. 2021.



El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en el art. 25.1 LBRL. La LRRCV completa lo establecido en normas básicas para el desarrollo de las competencias de las entidades locales para la creación y prestación de servicios públicos. En el art. 33 recoge las competencias del municipio en los mismos términos que la legislación estatal y con unas mínimas diferencias. Finalmente, conviene destacar que, las competencias distintas de las propias y de las delegadas no precisarán ser atribuidas ni por el Estado ni por las CCAA y se podrán ejercitar por las entidades locales únicamente si concurren los siguientes requisitos tal y como señala el art. 7.4 LRRCV: a) que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y se cumplan los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y b) que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra administración pública. Para su ejecución el ayuntamiento necesitará obligatoriamente de dos informes previos, de la comunidad autónoma en el que señale la ausencia de duplicidades, y de la administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de dichas competencias.

En la Comunitat Valenciana contamos con una línea de fomento de la colaboración pública privada a través de las cooperativas. La vigente Ley de Cooperativas, aprobada por Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo de la Generalitat Valenciana, tiene por objeto la regulación y el fomento de las cooperativas que, de modo efectivo y real, desarrollen mayoritariamente la actividad cooperativizada con sus socios en el territorio de la Comunitat Valenciana (art.1 LCCV). En esta ley se ordena a la Generalitat a que se ordene una política de fomento de las cooperativas (art. 108 LCCV), las que gestionen servicios públicos (art. 112 LCV), las que colaboren con programas de obras públicas, urbanismo y viviendas (art. 113.4 LCCV) o que presten servicios sociales (art. 113.5.d LCCV). También se le reconoce preferencia a las cooperativas en caso de empate en los concursos y subastas en que participen, convocados por la administración pública valenciana y entes dependientes de ella, para la realización de obras, servicios y suministros (art. 111.3 LCCV) entre otras<sup>26</sup>.

El Consejo Valenciano del Cooperativismo aprobó el 2 de noviembre de 2020 el *II Plan Bienal de Cooperativismo 2021-2022 en el que se cita la colaboración público-privada en favor de las cooperativas*. Este Plan de acción contempla dos objetivos estratégicos en relación con dicha colaboración público-privada:

1º Avanzar hacia un papel preferente de las cooperativas en la prestación de servicios públicos, comunitarios y de interés general, y las medidas que propone son:

2º Movilizar suelo y patrimonio público para su puesta a disposición de cooperativas para promover un urbanismo sostenible y un desarrollo socioeconómico.

Actualmente está en marcha una reforma de la legislación cooperativa valenciana que refuerza la CPP. La propuesta ha sido aprobada por el Consejo Valenciano del Cooperativismo en su

---

<sup>26</sup> FAJARDO/VAÑÓ/MERINO: Claves para la colaboración público-privada. 2021.

reunión de 8 de octubre de 2021 y contemplan tanto las alegaciones formuladas durante el trámite información pública a que fue sometido el proyecto (DOGV 16/07/2021) como otras que se presentaron en la propia reunión del citado Consejo. Una de las líneas esenciales es el cambio de regulación de las cooperativas de servicios públicos. Señala el art. 99.1 que podrán promover que la prestación de servicios públicos se haga directamente mediante la constitución de este tipo de cooperativas. En el art. 111 sobre el fomento del cooperativismo se propone un cambio a la luz de lo dispuesto en la LCSP para evitar situaciones de discriminación a favor de prácticas sociales que la cooperativa cumple por sí misma<sup>27</sup>.

Podemos concluir que la normativa reguladora del sector público ha dado un giro a la contratación pública que debe ser sostenible, económicamente y socialmente. Hablamos por ello de contratación pública responsable, en línea con las directrices marcadas por la Responsabilidad social, que como hemos señalado supra, no solo afectará a las empresas que contratan con las AAPP sino también a estas, como garantes del cumplimiento responsable de los contratos.

#### 4. Gestión de riesgos en la contratación pública

La estructuración de un proyecto de financiación requiere la elaboración de un amplio cuadro de riesgos que pueden entorpecer el proceso así como determinar las correspondientes coberturas. Ello podrá fijarse a través de la negociación de las entidades privadas, entidades aseguradoras y sector público interesado en el citado proyecto.

La realización de este tipo contractual está directamente relacionada con el principio de transferencia de riesgos en la medida en que se trata de asignar bien al sector público, o al sector privado, a partir de la valoración de cuál podrá ser llevada a cabo con el menor coste posible. Sin embargo, en cualquier caso, la gestión y transferencia repercutirá en definitiva en el precio fijado para los servicios. El objetivo, por tanto, en la transferencia de riesgos es intentar una óptima asignación de estos, maximizar la transferencia, con el fin de asegurar que el valor del proyecto no disminuya, o bien que permita disminuir los costes de la financiación, con tipos de interés inferiores por ejemplo. La distribución adecuada de los riesgos es fundamental para reducir los costes del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución.

Junto a la cobertura ordinaria de los riesgos resulta esencial el respaldo que puedan ofrecer las autoridades públicas para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura. Por ejemplo, garantías públicas de ciertos préstamos, o préstamos públicos, participación en el capital social, subvenciones, garantías estatales, garantías de cumplimiento de lo acordado por la autoridad contratante, exenciones fiscales y aduaneras, amparo frente a la competencia comercial, entre otras<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> [https://cindi.gva.es/es/audiencia-publica/procesos-abiertos/-/asset\\_publisher/T2vwWj0CH](https://cindi.gva.es/es/audiencia-publica/procesos-abiertos/-/asset_publisher/T2vwWj0CH)

<sup>28</sup> Vid. *Guía Legislativa de la CNUDMI Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas*, Naciones Unidas, Nueva York, 2021, págs. 50 y ss. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10875\\_uncitral\\_ppp\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10875_uncitral_ppp_s_ebook.pdf)

La distribución de los riesgos entre las partes participantes en el contrato permitirá la adopción de medidas que atenúen el riesgo a través de acuerdos contractuales como la contratación de algún seguro comercial que cubra las consecuencias derivadas de la interrupción del servicio por defectos del equipo<sup>29</sup>.

Siguiendo las Directrices de la ONUDI para proyectos de construcción-explotación-traspaso (CET)<sup>30</sup>, se distingue entre varios riesgos:

- a) *Por una parte la fuerza mayor, o hechos extraordinarios o imprevistos* que estén fuera de su control que pueden ocasionar una interrupción provisional de la ejecución del proyecto o de la explotación de la infraestructura.

De acuerdo con lo previsto en el art. 1105 del Código civil, nadie responde «de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», aunque se exceptúan aquellos casos expresamente previstos por la Ley y aquellos supuestos en que así lo declare la obligación, (ver arts. 1096.3, 1183, 1575 y 1896 Cc). Lo que implica que es admisible la licitud de pactos de agravación de una responsabilidad por asunción de ciertos riesgos, por tanto no resultan asegurables. La fuerza mayor es importante en la fase de construcción y desarrollo del proyecto, aunque también es admisible en la fase operativa (art. 1105 Cc).

- b) *El riesgo político o perturbación del proyecto por actos adversos de la administración pública*. El riesgo legal o político. El riesgo legal o político existe en aquellos proyectos financiados en países diferentes del financiador o en países con cierta inestabilidad política, lo que se podría incorporar como causa de resolución del contrato. Los riesgos legales o políticos incluyen los relativos al cambio de legislación, el riesgo de no convertibilidad de la moneda, el de nacionalización o expropiación de los activos de la sociedad vehículo y el riesgo en la concesión de permisos y autorizaciones administrativas.

Esos riesgos pueden dividirse en tres grandes categorías: riesgos políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización de los bienes del socio privado o aumento de la carga fiscal que merme las expectativas del socio privado de amortizar la deuda o recuperar el capital invertido); riesgos “de índole regulatoria” (como sería la introducción de normas más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia), y riesgos “cuasicomerciales” (por ejemplo, incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad).

---

<sup>29</sup> Vañó Vañó, M.J. (2019): *El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)* Revista española de capital riesgo, ISSN 1887-2697, Nº. 3, 2019, págs. 5-20; El contrato de Project Finance, 2002, Tirant lo Blanch.

<sup>30</sup> El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han elaborado un instrumento analítico para ayudar a los Estados a cuantificar las consecuencias macrofiscales de los proyectos de participación público-privada. P-FRAM (PPP Fiscal Risk Assessment Model)  
<https://infrastructuregovern.imf.org/content/PIMA/Home/PPPs-and-PFRAM.html>

- c) *El riesgo económico o la obtención de ingresos insuficientes.* Los riesgos económicos o la obtención de ingresos insuficientes pueden ser causados por la inexistencia de un mercado local o internacional para el producto, errores de cálculo del precio, tarifas, tipo impositivo o acceso al mercado. Ello se puede solucionar incorporando al contrato una cláusula de ajuste de precios (*price adjustment*) con el fin de fijar mecanismos que contribuyan a dotar de viabilidad económica a un proyecto y no perjudique a la sociedad vehículo ni al sector público.
- d) *Riesgos de construcción y explotación:* Durante la construcción, que la obra no pueda completarse o entregarse en la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); riesgo de sobre coste de la construcción y riesgo incumplimiento de los resultados previstos. Durante la fase de explotación, riesgo de incumplimiento para explotar o mantener por que no alcanza la capacidad esperada, los resultados o la eficiencia; sobre coste de explotación.
- e) *Riesgos comerciales:* Posibilidad de que el proyecto no pueda generar los ingresos previstos por alguna alteración de la demanda o del precio comercial de los bienes o servicios que general.
- f) *El riesgo en la gestión del proyecto:* Esta gestión y el control que sobre ella ejerzan los promotores será un dato a tener en cuenta por las entidades prestamistas dado que les interesará que exista el menor número posible de conflictos internos. Una gestión y experiencia adecuadas son elementos esenciales para el éxito del proyecto. El grupo encargado de gestionar la sociedad vehículo debe tener experiencia en ello.
- g) *El riesgo crediticio general:* En este caso estamos contemplando el riesgo referido a las características o capacidad que poseen los diferentes participantes en el proyecto para generar ingresos, ya que, a priori, su solvencia es indiferente a estos efectos. No obstante, la participación de entidades públicas puede fortalecer la imagen del proyecto financiado a través de su apoyo, al considerar más segura la solvencia y viabilidad de este. Por otra parte, la participación de grandes empresas privadas permite considerar que la gestión de este será la más adecuada desde un punto de vista profesional, y que en ningún deben perseguir criterios políticos en la gestión, sino criterios sujetos a la libre competencia en el mercado. El impacto que pueden tener en el desarrollo del proyecto los factores financieros como la inflación, tipos de cambio o el incremento del precio de las materias primas son esenciales, y deberán contemplarse en la estructuración del contrato.
- h) *Riesgos medioambientales esenciales:* Los riesgos medioambientales deberían cubrirse a través de las correspondientes cláusulas, y suele vincularse a los proyectos de generación de energía eléctrica o de construcción de plantas de tratamiento de residuos sólidos urbanos. En este último caso serían riesgos a tener en cuenta las emisiones gaseosas por la posible contaminación atmosférica, las emisiones líquidas, cuyos residuos se reconducen a las balsas de lixiviados, o aprovechados para mantener húmedas las masas de residuos orgánicos. Residuos sólidos, que en caso de toxicidad se envían a un vertedero de inertes, y olores. Todo ello podrá ser cubierto por una póliza

de seguro que determine como objeto asegurable los daños causados a terceros por escape, polución o contaminación, siempre y cuando se derive de un hecho repentino, inesperado y no intencionado, ocurrido durante la vigencia de la póliza.

La Guía Europea de la CPSR de 2021 señala que para conseguir una adecuada distribución de riesgos y evitar además el falseamiento de la libre competencia es esencial dialogar con el mercado. Sin embargo alerta de las consecuencias que ello puede producir:

*“— dé una ventaja indebida a un proveedor concreto, por ejemplo, ajustando las especificaciones a un posible proveedor o solución;*

*— entable una relación que resulte desfavorable para uno o varios proveedores, o*

*— no proteja los derechos de propiedad intelectual o la información delicada a efectos comerciales de un proveedor.”*

Para evitarlo, la Guía de la CPSR fija una serie de medidas que pueden adoptarse para gestionar los riesgos:

*“— planifique cómo y cuándo tendrá lugar el diálogo;*

*— explique claramente el proceso a todos los proveedores y asegúrese de que no tengan falsas expectativas;*

*— trate a todos los proveedores por igual, sin discriminación;*

*— proporcione la misma información a todos los proveedores;*

*— lleve un registro de todas las reuniones;*

*— asegúrese de incluir la misma información en los pliegos de condiciones, y*

*— deje tiempo suficiente para la presentación de ofertas, también por parte de aquellos proveedores que no hayan participado en la consulta del mercado.*

*Aunque consultar al mercado puede resultar abrumador, se pueden obtener unos beneficios sociales considerables si el proceso logra, de manera transparente, configurar el mercado para que ofrezca nuevas soluciones que realmente satisfagan las necesidades de los usuarios.”*

Esta Guía introduce además buenas prácticas

*“— Asegúrese de estudiar el mercado antes de ponerse en contacto con los proveedores. Cuanto más sepa sobre las innovaciones sociales y las posibilidades de mejora, más realista será su informe de necesidades y, en consecuencia, el diálogo será más productivo y pertinente.*

*— Para que el diálogo con el mercado sea efectivo se necesitan tiempo y recursos, pero existen distintas opciones. Busque un método que sea adecuado para los medios de que dispone, el tamaño y el valor de la contratación pública, y los riesgos sociales conexos.”*

## 5. La contratación pública socialmente responsable

Existen numerosas fórmulas de colaboración público-privada en las que se pueden incluir criterios vinculados directamente a la RS y que debemos diferenciar según se realice la colaboración por vía de gestión directa, por sí o por medio de la participación en el capital social

de una entidad, de modo indirecto, a través de la contratación pública, incluyendo en los procedimientos de concurso de determinados servicios o infraestructuras cláusulas sociales o bien introducir los contratos reservados con el fin de beneficiar a determinados tipos de entidades.

Pero además no podemos olvidar que deben utilizarse las alternativas más favorecedoras de la competencia, o que la restrinjan lo menos posible, tratando de aplicar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad, no discriminación y salvaguarda de la libre competencia. Desde la CNMC se recomienda no utilizar otras fórmulas como los convenios si no están claras las finalidades comunes de ambas partes, que participarán de forma conjunta en el resultado obtenido. También añade que pueden plantear problemas la utilización de medios propios y servicios técnicos y recomiendan encarecidamente utilizar el procedimiento abierto<sup>31</sup>.

Si se opta por la gestión directa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) serán públicas las entidades que cuenten con un socio mayoritario o con un socio de control público.

Las AAPP locales podrán constituir fundaciones y sociedades mercantiles para la prestación directa de servicios, siempre que su patrimonio o capital pertenezca íntegramente a la entidad local de acuerdo con lo previsto en el art. 85 LSCL y 103 TRRL). Además, las entidades locales podrán constituir o participar en sociedades mercantiles o cooperativas para la gestión indirecta de servicios en los términos previstos en el art. 104.1 TRRL. La vigente LRBRL, señala en su art. 85.2 B, que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, y la gestión indirecta se realizará mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011. La vigente Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 contempla la posibilidad de celebrar contratos incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta (art. 28 y disposiciones adicionales 22ª y 43ª, entre otras).

En Europa se ha desarrollado la contratación pública responsable (CPSR) con el fin de lograr resultados positivos en los contratos públicos dada las repercusiones de esta en un gran número de personas, usuarios de los servicios públicos, personas involucradas en la producción y la entrega, o el personal de la organización compradora; pero además puede influir en el mercado en general, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta.

La Unión Europea en su documento “Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición” (2021/C 237/01) señala que *“al comprar de manera inteligente, los compradores públicos pueden fomentar las oportunidades de empleo, la mejora de las capacidades y el reciclaje profesional de los trabajadores, el trabajo digno, la inclusión social, la igualdad de género y la no discriminación, la accesibilidad, el diseño universal y el comercio ético, y tratar de lograr un cumplimiento más amplio de las normas sociales. En lo que se refiere a algunos productos, obras y servicios, el efecto puede ser*

---

<sup>31</sup> Guía sobre Contratación Pública y Competencia. CNMC. Actualizada en 2021. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702\\_10.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702_10.pdf)

*especialmente significativo, ya que los compradores públicos dominan una gran parte del mercado en sectores como la ingeniería civil, la atención sanitaria y el transporte.”*

Añade la Comisión Europeo en esta Guía, que las autoridades públicas, con el fin de plantar cara a los retos sociales, deben redoblar sus esfuerzos para obtener unos buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos). La crisis provocada por la pandemia de COVID-19 tendrá repercusiones en el empleo, agravando desigualdades, incrementando la precariedad y empeorando las condiciones laborales de los trabajadores de todo el mundo, además, aumentará la presión para la prestación de determinados servicios a la población y afectará a las empresas de menor tamaño.

La CPSR se define como aquella que *“tiene por objeto abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no solo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue. Como comprador público, puede perseguir objetivos sociales a lo largo de todo el proceso de contratación, siempre que estos no sean discriminatorios y estén vinculados al objeto del contrato. En la Unión Europea, la CPSR debe efectuarse con arreglo a las Directivas sobre contratación pública de 2014 y los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como de conformidad con acuerdos internacionales como el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los acuerdos de libre comercio bilaterales con capítulos relativos a la contratación pública y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).”*<sup>32</sup>

### 5.1. Gestión directa de servicios de interés general a través de entidades participadas

De acuerdo con lo previsto en el art. 41 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RSCL), las corporaciones locales por sí mismas o mediante organismo exclusivamente dependiente de ellas podrán prestar los servicios de su competencia. En el caso de que los servicios no tengan carácter económico, mercantil o industrial, bastará el acuerdo de la Corporación en pleno (art. 42), a lo que añade el art. 43 que las actividades benéficas podrán prestarse por gestión directa o por concierto.

De hecho, se reconoce en este texto (art. 45) la municipalización y la provincialización como formas de desarrollo de la actividad de las corporaciones locales para la prestación de los

---

<sup>32</sup> La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94 de 28.3.2014, p. 1); la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 28.3.2014, p. 65), y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 243). En lo sucesivo, se hará referencia a ellas como «las Directivas sobre contratación pública».

servicios económicos de su competencia, asumiendo en todo o en parte el riesgo de la empresa mediante el poder de regularla y fiscalizar su régimen. Además, añade que las municipalizaciones y las provincializaciones tenderán a conseguir que la prestación de los servicios reporte a los usuarios condiciones más ventajosas que las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta.

Se requiere para municipalizar o provincializar que concurren las siguientes circunstancias en los servicios:

- a) que tengan naturaleza mercantil, industrial, extractiva, forestal o agraria:
- b) que sean de primera necesidad o de mera utilidad pública, aunque no se encuentren específicamente determinados en las enumeraciones de la competencia local, siempre que tengan por objeto el fomento de los intereses y el beneficio de los habitantes de la demarcación municipal o provincial;
- c) que se presten dentro del correspondiente término municipal o provincial, aunque algunos elementos del servicio se encuentren fuera de uno u otro; y
- d) que tengan por finalidad la prestación de los servicios a los usuarios en condiciones más ventajosas de las que pudiera ofrecerles la iniciativa particular y la gestión indirecta.

La gestión directa de los servicios podrá adoptar las siguientes fórmulas:

#### Primera. Gestión por la Corporación

- a) sin órgano especial de administración en el que la corporación local interesada asumirá su propio riesgo y ejercerá sin intermediarios y de modo exclusivo todos los poderes de decisión y gestión, realizando el servicio con personal propio.
- b) con órgano especial de administración se podrán prestar en régimen de gestión directa todos excepto los servicios que impliquen ejercicio de autoridad.

Segunda. Fundación pública del servicio si lo exige una ley especial, cuando por compra, donación o disposición fundacional, de acuerdo con la voluntad del fundador, adquieren bienes adscritos a determinado fin y cuando el desarrollo adecuado de las funciones de beneficencia, de cultura o de naturaleza económica lo aconsejaren.

Tercera. Sociedad privada, municipal o provincial. La gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de Sociedad anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por el RSCL (art. 89). La Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la Empresa y no podrá transferirlo ni destinarlo a otras finalidades, salvo en los supuestos regulados por la Sección cuarta del Reglamento. El capital de estas Empresas habrá de ser desembolsado desde el momento de su constitución.

El texto ordena que la dirección y la administración de la empresa esté a cargo de la corporación municipal que asumirá las funciones de la Junta general, de un consejo de administración y de una gerencia (art. 90) cuyas competencias se fijarán estatutariamente, así como la forma de designación y funcionamiento del consejo y de la gerencia (art. 91).



La junta general de la empresa deberá respetar en todo caso, en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos, a lo previsto por la Ley y del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las Sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales (art. 92).

En todo caso, las funciones de la junta general serán las siguientes:

- a) nombrar el Consejo de Administración;
- b) fijar la remuneración de los consejeros;
- c) modificar los Estatutos;
- d) aumentar o disminuir el capital;
- e) emitir obligaciones;
- f) aprobar el inventario y balance anual; y
- g) las demás que la Ley de Sociedades anónimas atribuye a la Junta general.

Los miembros del consejo de administración serán designados libremente por la junta general entre personas especialmente capacitadas y por periodos no inferiores a dos años ni superiores a seis. Los miembros de la corporación municipal podrán formar parte de este siempre que no alcancen un tercio de este (art. 93).

## 5.2. Gestión a través de entidades mixtas

El RSCL regula las empresas mixtas (arts. 102 y ss) definiéndolas como aquellas en las que el capital de las corporaciones locales y de los particulares, o de aquellos entre sí, se aportarán en común para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización constituyéndose mediante escritura pública.

Las Empresas mixtas, previo expediente de municipalización o provincialización, podrán quedar constituidas a través de los procedimientos siguientes:

1. Adquisición por la corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social.
2. Fundación de la sociedad con intervención de la corporación y aportación de los capitales privados por alguno de los procedimientos siguientes:
  - a) suscripción pública de acciones; o
  - b) concurso de iniciativas, en el que se admitan las sugerencias previstas en el párrafo 2 del artículo 176 de la Ley.
3. Convenio con Empresa única ya existente, en el que se fijará el estatuto por el que hubiere de regirse en lo sucesivo.

La Disposición adicional novena de la LRBRL establece en su primer párrafo que las entidades locales y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades,

sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Estas entidades, durante la vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

El art. 28.3 LCSP señala que de acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta.

La Ley 8/2010 de régimen local de la Comunitat Valenciana reconoce un amplio margen a las entidades locales para la creación y prestación de servicios públicos y la realización de las actividades económicas que estimen pertinentes para la satisfacción de las necesidades de sus vecinos (art. 196 y 197).

En la constitución o estatutos de empresas mixtas podrá establecerse que el número de votos de la Corporación en los órganos de gobierno y administración sea inferior a la proporción del capital con que participe en la Empresa, salvo en los cinco años anteriores al término de la misma, en que deberá ser igual o superior. Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos. El cargo de Gerente recaerá siempre en persona especializada designada por el órgano superior de gobierno de la Empresa.

Los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de la empresa mixta deberán ser adoptados por la mayoría de tres cuartas partes del número estatutario de votos en los siguientes casos:

- a) modificación del acto de constitución o de los Estatutos de la Empresa;
- b) aprobación y modificación de los planos y proyectos generales de los servicios;
- c) operaciones de crédito; y
- d) aprobación de los balances.

Los representantes que correspondan a la corporación en los órganos de gobierno y administración de la Empresa serán nombrados por aquélla en la proporción de un 50 por 100 entre los miembros que la constituyan y técnicos, unos y otros de su libre designación y remoción.

En la escritura fundacional deberá fijarse el valor de la aportación del municipio o de la provincia por todos conceptos, incluido el de la concesión, si la hubiere.

El capital efectivo que aporten las corporaciones locales deberá estar completamente desembolsado desde la constitución.

Las empresas mixtas se constituirán por un plazo que no exceda de cincuenta años. Expirado el periodo que se fijare, revertirá a la entidad local su activo y pasivo y en condiciones normales de uso todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio. En la constitución o Estatutos de la Empresa habrá de preverse la forma de amortización del capital privado durante el plazo de gestión del servicio por la misma, y expirado el plazo que se fije revertirán a la entidad local, sin indemnización, el activo y pasivo y, en condiciones normales de uso, todas las instalaciones, bienes y material del servicio.

### 5.3. Adjudicación de la gestión de servicios de interés público a entidades mixtas

La Disposición adicional vigésima segunda de la LCSP regula la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta siempre que concurra mayoritariamente capital público con capital privado y la selección del socio se efectúe de conformidad con las normas establecidas por la ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La condición esencial que debe respetar a lo largo de la vida de esta es que en todo caso **no** se modifiquen las condiciones esenciales de la adjudicación, a no ser que se prevea en el contrato. Lo que les permitirá por ejemplo utilizar medios de financiación como las emisiones de obligaciones, empréstitos, créditos participativos, ampliaciones de capital o titular los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende previa autorización del órgano de contratación y de acuerdo con los requisitos previstos en la normativa reguladora del mercado de valores.

Una vez elegida la forma jurídica, los estatutos sociales se adjuntarán al pliego de condiciones, y el adjudicatario constituirá la sociedad junto a la entidad local interesada en el plazo de un mes a contar desde la notificación de la adjudicación definitiva. En el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar, los estatutos de la entidad de capital mixto, el pacto entre accionistas y cualquier otro elemento que rijan la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

Una vez constituida la sociedad de capital mixto por cincuenta años, se entenderá que los contratos objeto de licitación se adjudican a esta sociedad, para ello deberá formalizarse un contrato marco que deberá firmarse por los socios privados y por la sociedad una vez constituida la misma.

La relación jurídica que se establece tras la licitación tiene por objeto la prestación de un servicio por parte de la Sociedad de Economía Mixta queda vinculada con la entidad titular del servicio público, de tal forma que, la sociedad de economía mixta se constituye en contratista (art. 182

Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RD1098/2001, de 12 de octubre.)<sup>33</sup>

El régimen jurídico aplicable se regirá por lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; por el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; por la Ley Contratos del Sector Público (en adelante "LCSP"); por las prescripciones del pliego y del pliego de prescripciones Técnicas; y por las demás normas de derecho administrativo que resulten aplicables.

Con el fin de concretar la relación entre las entidades locales y la sociedad a constituir y que tenga por objeto la prestación de contratos de servicios públicos, de obras e infraestructura, de concesión de obra pública, de derecho de superficie de inmuebles patrimoniales, de generación y explotación de las plantas de energías eléctricas renovables, entre otros, se propone que se realice un concurso de iniciativas para la selección de los socios a través de un procedimiento abierto y en base a los principios de publicidad, igualdad, mérito y libre concurrencia de un socio que haya de concurrir conjuntamente con la entidad pública local a la constitución de una sociedad de economía mixta.

El régimen jurídico aplicable al mismo viene determinado por las Directrices marcadas por la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008 en la que regula la colaboración público-privada y la define como la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos.

Desde las instituciones europeas se sigue fomentando la colaboración público-privada, especialmente en el momento de emergencia sanitaria internacional. Por esta razón se aprobó por el estado español el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Convalidado en la sesión plenaria del día 28 de enero, se acordó su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia<sup>34</sup>.

#### 5.4. Medios propios

Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

- a) Mediante sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan

---

<sup>33</sup> Vid Informe Junta consultiva de contratación Pública del Estado, Expdte 120/18. Contratos adjudicados a una sociedad de economía mixta.

<sup>34</sup> En este texto se recuerda que el Consejo Europeo en sesión de 21 de julio de 2020 adoptó una serie de medidas de gran alcance que aúnan el futuro marco financiero plurianual (MFP= para 2021-2027 reforzado y la puesta en marcha de un Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU) por valor de 750.000 millones de euros.

la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios.

Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado.

Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de estos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.
- b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo.
- c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
- d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

## 5.5. Contratación pública y defensa de la competencia

El art. 138 del TRLCSP reconoce cinco tipos de procedimientos de adjudicación de las licitaciones en las Administraciones Públicas, a saber, el procedimiento abierto, restringido, negociado, dialogo competitivo y concurso de proyectos. Pero junto a ellos y muy problemáticos desde el punto de vista de la defensa de la competencia se regulan los “contratos menores”, adjudicados directamente al empresario con capacidad de obrar y habilitación legal necesaria para realizar la prestación y las encomiendas de gestión.

En los procedimientos de adjudicación, a través de los cuales se selecciona el “*mejor*” contratista o adjudicatario del contrato, es esencial la garantía del interés público con la incorporación de los principios de igualdad y transparencia (art. 139 TRLCSP)<sup>35</sup>.

- a) **Procedimiento abierto.** El procedimiento abierto se caracteriza fundamentalmente, por permitir que cualquier entidad que reúna la capacidad y solvencia exigida, pueda presentar una proposición y convertirse en licitador. En ningún caso podrán negociarse los términos del contrato en este tipo de procedimientos y serán los que respeten en todo caso los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación que presiden la contratación administrativa, por lo que desde el punto de vista de la Defensa de la Competencia es el procedimiento más recomendable<sup>36</sup>.
- b) **El procedimiento restringido** exige que antes de realizar el anuncio de licitación, el órgano de contratación fije unos criterios objetivos de solvencia, en base a los cuales seleccionará los candidatos que acrediten mayor solvencia. Cuando se utilice este procedimiento se deben evitar limitaciones innecesarias en el acceso a la licitación y no necesariamente tiene por qué situarse en el mínimo legal de cinco empresas.
- c) **El Procedimiento negociado** implica previas consultas por parte del órgano de contratación que negocia las condiciones de los contratos con los licitadores. Este supuesto permite evitar el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación que presiden la contratación administrativa, y por tanto, podría convertirse en un procedimiento arbitrario que afecte a la ineficiencia del gasto público. En el diseño de este procedimiento se debe emplear especial cuidado por parte de las AAPP para que no se introduzcan restricciones a la libre competencia. Podría ser utilizado en supuestos de licitaciones desiertas o por circunstancias sobrevenidas, imprevistas.
- d) **El diálogo competitivo** se prevé para la celebración de contratos con una alta complejidad, para lo cual el órgano de contratación selecciona a un grupo de candidatos de entre las solicitudes recibidas, y dirige un diálogo entre ellos con el fin de establecer las bases para que los candidatos presenten sus ofertas, evitando en todo momento cualquier restricción a la libre competencia, como por ejemplo barreras de acceso al mercado o la fijación de precios. Se trata de una figura obligatoria para el caso de colaboración público-privada.
- e) **Tramitación de urgencia:** Por la existencia de una necesidad inaplazable o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público. Los plazos se reducen a

---

<sup>35</sup> En el anterior texto regulador de los contratos del sector público se calificaba como *principios cardinales de toda licitación a los principios de publicidad, competencia e igualdad de oportunidades*, es el caso de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 16 febrero 2010 (RJ\2010\3964) y jurisprudencia allí mencionada.

<sup>36</sup> Vid. Guía sobre Contratación Pública y Competencia. CNMC. Actualizada en 2021. [https://www.cnm.es/sites/default/files/1185702\\_10.pdf](https://www.cnm.es/sites/default/files/1185702_10.pdf).

la mitad de los del procedimiento ordinario. Se requiere una justificación rigurosa de la manera en que concurren estas causas.

- f) **Acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación:** Estos procedimientos son parte de los mecanismos de racionalización técnica de la contratación cuando se extiende a lo largo de un periodo determinado. Se busca la estabilidad en las condiciones contractuales. Los sistemas dinámicos están pensados para adquisiciones de bienes corrientes en los que cualquier prestador interesado que cumpla con los requisitos, puede participar en el acuerdo aunque esté iniciado. En los acuerdos marcos, una vez definidos, no permiten nuevas incorporaciones.
- g) En el caso del **concurso de proyectos**, desarrollado fundamentalmente en el ámbito de la arquitectura, urbanismo, ingeniería, o procesamiento de datos, se realiza una selección de la idea, proyecto, o anteproyecto, con la finalidad de llevar a cabo ciertos objetivos, encomendada a un jurado, tras la correspondiente licitación.
- h) Junto a estos procedimientos de adjudicación se encuentran los **contratos menores**, que pueden ser directamente adjudicados a un empresario interesado, y son los que con mayor facilidad se pueden incumplir las reglas de defensa de la competencia, art. 118 LCSP.
- a) “Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal..”
- e) Por último, **las encomiendas de gestión** suelen ser muy utilizadas por las Administraciones Públicas para la prestación de servicios a través de entidades instrumentales, de derecho público o privado, que presentan una relación de dependencia con ella.

La propia norma reguladora de los contratos del sector público, LCS, promueve que los órganos de contratación, “*velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación*” (art. 132).

Lo cierto es que de todos los procedimientos a que nos acabamos de referir, son los procedimientos abiertos los que permiten cumplir con todos los principios que resultan esenciales para considerar que se cumplen con las reglas de la competencia. La Recomendación

formulada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia es la de la utilización del procedimiento abierto. El recurso al procedimiento restringido debería estar justificado por criterios objetivos. Cabe la opción de la utilización de un procedimiento negociado por el cual el contrato recaerá en el licitador elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios candidatos. Deben ser utilizados como vía extraordinaria porque ofrece menores garantías. Desde las administraciones públicas deben evitarse las licitaciones desiertas, quizás por una mala formulación de las especificaciones en el pliego de condiciones, por lo que ante esta situación, se deberán replantear mantener el procedimiento original con algunas modificaciones de manera que permitan abrir el procedimiento a un número suficiente de licitadores<sup>37</sup>.

También serán poco recomendables, porque pueden alterarse las reglas de la competencia y obtenerse peores precios y calidad en los servicios, tanto el diálogo competitivo, como la tramitación de urgencia o los acuerdos marco y sistemas dinámicos de contratación.

#### 5.6. Cláusulas sociales para la contratación pública socialmente responsable

La figura de las cláusulas sociales como medida para el impulso de la contratación pública socialmente responsable se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos (europeo y nacional) como una manera transversal y estratégica para el desarrollo de políticas sociales.

Las cláusulas sociales regulan las condiciones a exigir a los licitadores y contratistas para que impulsen o se garanticen los objetivos sociales de interés general, para que se garantice la calidad de los contratos, se proteja la salud, se integre a las personas vulnerables o desfavorecidas, se promueva la igualdad de género o el consumo responsable entre otras.

Los poderes públicos deben tomar conciencia de su capacidad para la consecución de objetivos sociales y públicos a través de la contratación pública y además deben fomentar la licitación de los contratos incorporando dichos fines sociales en los términos por la normativa reguladora (vid. art. 99 LCSP). El objeto del contrato será determinante para incluir la justificación de las cláusulas sociales. En el contrato se definirán las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, incorporando innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y la sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que contraten, que se combinarán con el de mejor calidad-precio.

Las cláusulas sociales se podrán implementar en las diferentes fases del procedimiento de contratación, bien como criterio de selección de licitadores (definición del objeto, solvencia económica y financiera, habilitación profesional, clasificación de los licitadores, capacidad de la entidad y de sus trabajadores...), bien como criterio de adjudicación del contrato (mejor calidad precio, mejor relación coste eficacia, criterios económicos y cualitativos, medioambiente y sociales; criterios de desempate a favor de entidades sociales) o en bien como criterio de

---

<sup>37</sup> VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2016): "Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia", *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, ISSN 0213-8093, Nº. 87, págs. 177-202. <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/7219/10878>



ejecución (vinculadas al objeto, no discriminatorias, y relacionadas a consideraciones económicas, innovación, medioambiental o social).

#### 5.6.1. Cláusulas sociales en Europa

El Libro Verde<sup>138</sup> sobre la Contratación pública en la Unión Europea se recoge la posibilidad para los estados miembros de considerar los objetivos de su política social en el momento de adjudicación de sus contratos.

La Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas de la Comisión Europea en su 2ª edición (2021/C 237/01) señala que los compradores públicos disponen de numerosas fórmulas para incluir consideraciones sociales específicas en sus decisiones de compra y deberá considerar cuáles son las más relevantes, en función de sus objetivos y del contrato, para incluirlas en sus procedimientos de contratación.

- *Alentar las oportunidades de empleo justas y la inclusión social:* La CPSR puede impulsar las oportunidades laborales para los jóvenes y trabajadores de más edad; la igualdad de género (por ejemplo facilitando la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, reducir la segregación sectorial y ocupacional y garantizando la igualdad de trato en el puesto de trabajo; oportunidades laborales para las personas en situación de exclusión social por ser paradas de larga duración, carecer de hogar, sufrir discriminación o ser vulnerables por otros motivos; oportunidades de participación social y empleo para las personas con discapacidad, entre otras cosas mediante entornos de trabajo inclusivos y accesibles; la mejora de las políticas en materia de diversidad, la inclusión social y las oportunidades laborales para personas de colectivos desfavorecidos (por ejemplo, trabajadores migrantes, personas pertenecientes a minorías raciales o étnicas, minorías religiosas, personas con un nivel educativo bajo, y personas en riesgo de sufrir pobreza y exclusión social); y oportunidades de formación complementaria y reciclaje profesional para todos los trabajadores.
- *Brindar oportunidades a la economía social y las empresas sociales:* estamos ante entidades que pueden ayudar a generar las oportunidades de la inclusión social, de tal forma que su gasto, tendrá un rendimiento social. Como ejemplo se propone la reserva de contratos para entidades cuyo objetivo es la integración laboral o para aquellos operadores que cuenten con al menos un 30% de trabajadores desfavorecidos o con discapacidad. Del mismo modo, animan a los compradores públicos a dividir los contratos en lotes para que sean más accesibles para las organizaciones de la economía social y las empresas sociales<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> LIBRO VERDE sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. Bruselas, 27.1.2011.COM(2011) 15 final

<sup>39</sup> La Unión Europea señala que la economía social engloba asociaciones, fundaciones, cooperativas, mutuas y empresas sociales. Las empresas sociales son organizaciones que, con independencia de su forma jurídica, combinan una actividad empresarial con un objetivo social. Su finalidad principal es tener un impacto social, en lugar de maximizar los beneficios de sus propietarios o accionistas. [https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy\\_es](https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy_es).

- Promover el trabajo digno: La Organización Internacional del Trabajo OIT utiliza el término “decente” y lo define del siguiente modo: “(U)n empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”.
- b) En el marco de esta definición y en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible la UE promueve, dentro de sus fronteras y en las cadenas de suministro mundiales:
  - c) — un empleo seguro,
  - d) — unos salarios justos,
    - unas condiciones de trabajo seguras,
  - e) — la protección social,
  - f) — la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres,
  - g) — la igualdad de género y la no discriminación a la hora de acceder al empleo,
  - h) — el diálogo social, y
  - i) — la protección de los derechos en el trabajo.
  - j)
    - *Accesibilidad y diseño universales*: La Guía europea señala que la adquisición de bienes servicios y obras deberá ser accesible a todas las personas incluidas aquellas que tienen alguna discapacidad, es un aspecto fundamental de la CPSR y es obligatoria en los contratos públicos. El artículo 42 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 60, apartado 1, de la Directiva 2014/25/UE indican que: «(L)as especificaciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios». <sup>40</sup>
    - *Respetar los derechos humanos y abordar las cuestiones sobre comercio ético*: Señala la Guía europea que la contratación pública se puede emplear para abordar cuestiones sociales en las cadenas de suministro como los derechos humanos o los principios de comercio justo en los términos fijados por las Directivas sobre contratación pública<sup>41</sup>. Para lograrlo se requiere aumentar la transparencia en las cadenas de suministro mediante el control de los subcontratistas y subsubcontratistas, analizando los riesgos concretos presentes en las cadenas de suministro, exigiendo a los contratistas y

---

<sup>40</sup> Esta disposición respalda que las autoridades cumplan con la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

<sup>41</sup> Directiva 2014/24/UE; Directiva 2014/25/UE, y Directiva 2014/23/UE.

subcontratistas que adopten medidas para mejorar las condiciones de los trabajadores en la cadena de suministro y encarar las violaciones de los derechos humanos, fomentando que los proveedores adopten códigos de conducta en materia de responsabilidad social.

- *Prestar unos servicios sociales, sanitarios, educativos y culturales de alta calidad:* De hecho las Directivas sobre contratación pública reconocen un “régimen simplificado” para servicios sociales, sanitarios, educativos y culturales específicos, entre otros, exhortando a los compradores públicos a que tengan en cuenta la calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios, necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, implicación y responsabilización de los usuarios y la innovación.

La CPSR busca en definitiva garantizar que se cumplan las obligaciones jurídicas en el ámbito social, instando a los Estados miembros a que adopten “medidas pertinentes” para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplan el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos y las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral. En particular, detectar los riesgos de incumplimiento de las normas del Derecho social y laboral, fomentar mercados con conciencia social, demostrar una gobernanza socialmente responsable, apoyar la integración y la inclusión y garantizar un gasto público efectivo.

#### 5.6.2. Clausulas sociales en España

De acuerdo con lo previsto en la LCSP, en el objeto del contrato público, además del propio aprovisionamiento de obras, bienes o servicios, se perseguirá la consecución de objetivos sociales, ambientales y de innovación vinculados o relacionados con su objeto, adoptando el concepto de contratación pública estratégica de la Directiva 24/2014/UE de Contratación Pública en la que se refuerza la utilización de la contratación como instrumento de apoyo a los objetivos sociales y como instrumento de cohesión social en línea con la *Estrategia Europa 2020*<sup>42</sup>.

De hecho, la integración de políticas sociales y medioambientales en la contratación pública como instrumento de las mismas, es algo que ya no admite dudas y ha sido incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales. Se trata de introducir cláusulas vinculadas al objeto de la prestación, pero que no son estrictamente necesarias para su realización y obedecen a un objetivo social o medioambiental.

El Preámbulo de la LCSP establece que en orden a la persecución de una mejor relación calidad-precio, “se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”. Así mismo reconoce que “se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo.

---

<sup>42</sup> *Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.*

*Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202”.*

La LCSP reconoce en su art. 1.3 la aplicación general de las políticas públicas de sostenibilidad en toda la contratación pública al señalar: *“(e)n toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.”*

En el mismo sentido se pronuncia el art. 28.2 de la LCSP: *“(l)as entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.*

La contratación pública no puede ser considerada un fin en si mismo, sino que deberá ser considerada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas.

Destacamos en este punto el Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell (Decreto de la CV), por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones que actualiza los contenidos de la Guía para la Contratación pública de la GVA en desarrollo de la Ley 18/2018 de 13 de julio de la Generalitat Valenciana para el fomento de la responsabilidad social.

En este texto se reconoce expresamente la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública, así como en el otorgamiento de subvenciones, entendiendo por cláusulas o criterios de responsabilidad social aquellos que *“establecen la inclusión de aspectos éticos, de transparencia y de política social y ambiental, en los procedimientos de contratación pública y en el otorgamiento de subvenciones”*. Quedaran fuera de la norma la contratación de emergencia y los contratos menores, a los que, no obstante, se incorporarán condiciones especiales de ejecución siempre que sea posible (art. 2.3)

#### *5.6.2.1. Cláusulas sociales y ambientales en la preparación de los contratos*

En la fase inicial de preparación de los contratos se podrán incluir las cláusulas al definir el contrato, y al fijar las prohibiciones para contratar con el fin de salvaguardar la legalidad de los criterios de adjudicación de carácter social. Debe identificarse de manera expresa en el título o

en la descripción del objeto del contrato con el fin de que quede claro el vínculo entre el objeto y las cláusulas de responsabilidad social.

Si nos remontamos a la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, podemos observar que su objetivo era regular las posibilidades de integrar aspectos sociales en los contratos públicos y que contribuyan al desarrollo sostenible, al crecimiento económico, el progreso social y el respeto del medio ambiente. Esta Comunicación señalaba que La política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos y entre ellos, los de la política social. Ésta, ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de la potencia económica de Europa al implantar un modelo social único en su género.

Es precisamente este momento inicial en el que se pueden definir los criterios sociales que se pretenden desarrollar con el contrato público. En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para incluir los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con este objetivo

La inclusión de características sociales en el propio objeto del contrato se utiliza de modo habitual para salvaguardar la legalidad de los criterios de adjudicación de carácter social. Pero además, los criterios que se fijen no solo deberán estar vinculados al objeto del contrato sino que deberán ser proporcionados al mismo<sup>43</sup>.

La Directiva 2014/24/UE en su considerando 104 señala, al referirse a las condiciones de ejecución, que *“deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Lo anterior incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa”*.

Nuestra legislación del sector público establece que en el art. 99 que *“el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”* a lo que se debe añadir que rige la libertad de pactos en los términos establecidos en el art. 34 de la LCSP, *“(e)n los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.”* Y si acudimos a lo dispuesto en el art. 28 del mismo texto

---

<sup>43</sup> Vid. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de noviembre de 2017 (Resolución núm. 354/2017 dictada en el Recurso núm. 352/2017), en relación a la vinculación de las cláusulas sociales con el objeto del contrato. El acuerdo recoge una definición de la cláusula social, señalando que *“(...) Según la doctrina por cláusula social cabe entender toda disposición incluida en un contrato en virtud de la cual la parte prestadora del servicio asume, como condición de acceso, de valoración para la adjudicación o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política socio laboral.(...)”*

*regulador, “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.*<sup>44</sup>

Además, en el art. 35 se señala como contenido mínimo del contrato, la “(d)efinición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación”. Se trata pues de la incorporación al contenido material del contrato de las cláusulas sociales de tal forma que la mejor oferta se debe seleccionar en términos de mejor relación calidad-precio, pudiéndose referir la calidad a aspectos sociales o medioambientales.

En la Comunitat Valenciana debemos hacer notar una regulación que trata de implementar de manera clara la CPSR a través de cláusulas sociales, y en el art. 3 del Decreto de la CV señala que en la definición del objeto del contrato, los órganos de contratación “identificarán el objeto del contrato mediante el código CPV e incorporarán a los correspondientes documentos contractuales la relación de cláusulas o criterios de responsabilidad social a cubrir con el mismo, que deberán justificarse en el expediente de contratación. Cuando resulte pertinente se incluirán también en su definición.

*Los contratos que se consideran prioritarios a efectos de inclusión de cláusulas o criterios de responsabilidad social de carácter ambiental se relacionan en el anexo III<sup>45</sup>.”*

---

<sup>44</sup> Vid II Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su Sector Público

[https://participacio.gva.es/documents/162282364/165936605/2a-Guia\\_responsabilidad\\_social/8953be1e-a411-43f4-bb60-52f5a2f577d7](https://participacio.gva.es/documents/162282364/165936605/2a-Guia_responsabilidad_social/8953be1e-a411-43f4-bb60-52f5a2f577d7)

<sup>45</sup> “Bienes, obras y servicios prioritarios para inclusión de criterios de adjudicación y de condiciones especiales de ejecución de carácter ambiental

- Alimentación y servicios de restauración.
- Iluminación interior de edificios.
- Alumbrado público exterior y semáforos.
- Aparatos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector de la asistencia sanitaria.
- Calefactores a base de agua.
- Diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas.
- Diseño, construcción y mantenimiento de carreteras.
- Electricidad.
- Equipos de impresión.
- Eventos.
- Grifería sanitaria.
- Inodoros y urinarios de descarga.
- Mobiliario y paneles murales.
- Ordenadores y monitores.

La fijación del código CPV tiene por finalidad la de facilitar el conocimiento de la licitación y el operador económico interesado que haya localizado la licitación por búsqueda CPV podrá comprobar fácilmente la existencia de ese perfil social, y ello le permitirá tomar la decisión de concurrir o no.

El mismo texto señala que el órgano de contratación deberá tener en cuenta las particularidades de las PYMES sobre todo cuando se prevea, por las condiciones del mercado, que las ofertas vayan a formularse mayoritaria o exclusivamente por pequeñas y medianas empresas. En este caso *“deberán modular la aplicación a las mismas de sus previsiones, en especial las relativas a las condiciones especiales de ejecución y a los criterios sociales de valoración de las ofertas, con la finalidad de permitir el acceso efectivo de las PYMES a la contratación pública. Para ello, deberá ponderarse el número de personas trabajadoras y el volumen de negocio de las empresas, de forma que se respeten los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad.”* (art. 4)

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares, se incluirán las cláusulas de responsabilidad social que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan, siempre que se encuentren vinculadas al objeto del contrato, no sean discriminatorias ni de manera directa ni indirecta y sean compatibles con el Derecho europeo, además de que figuren en el anuncio de licitación (art. 5).

Los pliegos de prescripciones técnicas deberán definir el medio de acreditación que demuestre que los bienes o servicios objeto del contrato son productos basados en el comercio justo, de acuerdo con lo fijado por la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo [2005/2455 (INI)], o norma que la sustituya, y productos ecológicos o respetuosos con el medio ambiente de acuerdo con lo previsto en ellos artículos 3 y 4, respectivamente, del Real decreto legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, o norma equivalente que en el futuro la sustituya (art. 6).

En el caso de que los contratos basen la solvencia técnica en el cumplimiento de determinadas medidas de gestión ambiental, se concretarán los medios de acreditación atendiendo al tipo de contrato.

Si son destinatarias o usuarias las personas físicas, bien sean público general o personal de la Administración Pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán de manera que se tenga en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como son definidos estos términos en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado

---

– *Papel para copias y papel gráfico.*

– *Productos textiles.*

– *Productos y servicios de jardinería.*

– *Productos y servicios de limpieza.*

– *Sistemas combinados de calor y electricidad. Sistemas de climatización.*

– *Transporte.”*

mediante Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o norma equivalente que en el futuro la sustituya.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 126.3 de la LCSP, si no fuera posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal, diseño universal o para todas las personas, se deberá motivar de manera adecuada. Si existe una norma jurídica que fije las especificaciones técnicas, se deberán referenciar en el pliego.

En todos los contratos deberán incluirse la perspectiva de género con el fin de detectar y resolver la problemática que afecte a las mujeres en su caso.

#### 5.6.2.2. Fase de selección de las empresas o entidades contratistas

La selección de las empresas o entidades contratistas permitirá elegir a las entidades más indicadas para la consecución de los objetivos sociales del contrato. Por ello, se deberán definir criterios de selección adecuados que se basen en la solvencia económica y financiera, los recursos técnicos y humanos, y la experiencia que pueden contribuir a la consecución de la CPSR y a la vez, garantizar que un elevado número y tipo de organizaciones, puedan presentar su oferta.

La Guía Europea de la CPSR, *Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas — 2.a edición, (2021/C 237/01)*, en adelante Guía Europea de la CPSR 2021 recoge algunos ejemplos de criterios de selección que pueden favorecer la CPSR:

- requisitos de solvencia financiera (por ejemplo, volumen de negocios, rentabilidad) que se limiten a lo estrictamente necesario para garantizar que el licitador puede ejecutar el contrato sin restringir la participación de organizaciones de la economía social, empresas sociales, asociaciones sin ánimo de lucro y organizaciones comunitarias;
- criterios que exijan que las organizaciones o sus equipos posean una experiencia y unos conocimientos técnicos específicos y demostrables en cuestiones sociales relevantes para su contrato, como la accesibilidad, la igualdad de género y la no discriminación;
- la capacidad técnica para hacer un seguimiento de las prácticas laborales en toda la cadena de suministro, incluidos los sistemas de gestión y las asociaciones con otras organizaciones, o
- pruebas de la ejecución satisfactoria de contratos anteriores con requisitos sociales similares, por ejemplo, la contratación y la facilitación de oportunidades de mejora de las capacidades para los aprendices o los trabajadores desfavorecidos.

La LCSP establece las prohibiciones generales para contratar en el art. 72 al señalar que “1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

...

*b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por*



*infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.*

*d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.*

*En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas".*

En relación a la solvencia exigible a las entidades que vayan a contratar con el sector público la LCSP en su art. 74 determina que los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito se sustituirá por el de la clasificación cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en la Ley. El art. 94 de la LCSP añade que "(l)os órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, y, en particular, una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que el licitador demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable."

En este punto debemos destacar la referencia a las etiquetas reguladas en el art. 127 LCSP cuyo concepto es mucho más amplio que en la regulación anterior (solo etiquetas ambientales). En la actualidad se incorpora la regulación de las denominadas "etiquetas sociales", concebidas como una herramienta al servicio de la CPSR, y que junto a las etiquetas ambientales, se instrumentalizan para la promoción de la contratación social, ecológica y de innovación en determinados tipos de contratos. Su utilidad no se vincula exclusivamente a un momento de la contratación, sino que por el contrario, se podrá utilizar tanto en la fase de preparación del contrato, como en la de adjudicación como en la de ejecución. Este precepto regula además de las etiquetas de tipo social o medioambiental, las relacionadas con la agricultura o ganadería ecológica, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en su Informe actualizado Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2021 que establece en relación con la exigencia de solvencia y clasificación de los licitadores, que debe estar vinculada al objeto del contrato y ser proporcional al mismo. Se les podrá exigir que la prueben mediante documentación ad hoc, o en el caso de que los contratos de obra y servicios superen un determinado importe, mediante la exigencia de la correspondiente clasificación en un grupo, subgrupo y categoría determinados.

La clasificación particular o los requisitos de solvencia, sigue añadiendo la CNMC, exigidos por la entidad pública, deberán estar justificados sobre las bases relacionadas con el objeto del contrato. Además, una clasificación excesivamente exigente puede elevar las barreras de entrada. Los requisitos exigidos tendrán el carácter de máximos y de mínimos y los órganos de contratación deberán exigir en todo caso requisitos de solvencia similares para contratos que sean semejantes entre sí para evitar tratamientos desiguales entre empresas.

Del mismo modo está prohibida la exigencia de una determinada forma jurídica porque ello restringiría la participación de otros operadores, y por tanto alteraría las reglas de la competencia. No obstante la entidad seleccionada puede ser obligada a asumir una forma jurídica determinada una vez se le haya adjudicado el contrato, y siempre que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del contrato. Tampoco se permite la discriminación por territorio, nacionalidad, lengua, domicilio.... La exigencia de certificaciones de calidad no debe ser limitante, deberán aceptar cualquier acreditación emitida por la Entidad Nacional de Acreditación o por cualesquiera de los organismos de acreditación con los que ésta tiene suscritos acuerdos de reconocimiento mutuo, pero en los pliegos de condiciones no deberá mencionarse ninguna entidad de certificación concreta.

En el Decreto de la CV además de las prohibiciones del art. 71 de la LCSP, reconoce que los órganos de contratación podrán incorporar criterios de responsabilidad social en la determinación de la solvencia técnica de las empresas o entidades licitadoras cuando la especificidad y el contenido del contrato requiera, para su correcta ejecución que la que resulte adjudicataria tenga experiencia acreditada en materia social, ética o ambiental, aptitudes específicas, conocimientos técnicos concretos o bien que el personal adscrito a la ejecución del contrato cuente con una experiencia determinada en materia social, ética o ambiental o características específicas, aptitudes específicas o conocimientos técnicos concretos. Esta capacidad técnica social o ambiental y su coherencia respecto al objeto del contrato deberán justificarse en el expediente. (art. 8)

#### *5.6.2.3. Cláusulas sociales y ambientales en la adjudicación de los contratos*

Con carácter general la inclusión de cláusulas sociales y /o medioambientales como criterios de adjudicación debe atender al criterio de la *oferta más ventajosa* a la que se le aplicarán un amplio abanico de criterios cualitativos y relacionados con el coste según las Directivas

comunitarias. Éstas reconocen la inclusión de los aspectos sociales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios y la comercialización y sus condiciones, entre otros factores<sup>46</sup>.

La Guía Europea de la CPSR 2021 reconoce como criterios sociales de adjudicación los siguientes:

*“— La metodología para garantizar la inclusión social en la prestación del servicio Los licitadores deben presentar un plan detallado para llegar a todos los grupos destinatarios que se especifican en los pliegos de contratación.*

*— La cantidad de oportunidades de aprendizaje profesional o formación creadas durante la ejecución del contrato y la calidad de estas. Los licitadores deben detallar su estrategia de contratación y formación, facilitar una descripción de muestra de los puestos de aprendiz, y describir las estructuras de apoyo que se pondrán en práctica.*

*— Una certificación de terceros que acredite que los productos facilitados en el marco del contrato se han obtenido de forma ética. Se conceden puntos en función del porcentaje de productos con certificados de comercio justo o equivalentes. Si no dispone de una certificación de terceros, indique el motivo y describa las medidas internas adoptadas para garantizar la obtención ética de los productos.*

*— Medidas para garantizar la igualdad de género. Se conceden puntos en función de las medidas concretas adoptadas para luchar contra la discriminación e impulsar la igualdad de género (por ejemplo, formación del personal, conciliación, jornada flexible, etc.).*

*— Requisitos adicionales de accesibilidad. Se conceden puntos en función de las medidas específicas adoptadas para mejorar la accesibilidad más allá de los requisitos incluidos en las especificaciones técnicas.”*

Los criterios de adjudicación deberán hacer referencia expresa a los productos, servicios u obras concretas a adquirir. Señala la Guía europea 2021, que ello no implica que no se deban conceder o quitar puntos a un licitador solo porque cuente o no con una política de responsabilidad social. Pero dicha política si que puede servir como prueba del compromiso específico asumido por los licitadores en respuesta a los criterios de adjudicación. Para utilizar los criterios sociales de adjudicación de manera efectiva, es importante definir qué ponderación se aplicará y como se evaluará. Deberá publicarse en el anuncio de licitación o en los pliegos de contratación al igual que la ponderación y los subcriterios que correspondan. Deberán ser lo suficientemente claros como para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan entenderlos, garantizando la posibilidad de una competencia efectiva, y la posibilidad de comprobar la información facilitada por los licitadores.

Respecto de la ponderación, aunque no existe un porcentaje máximo ni mínimo de puntos que puedan asignar a los criterios sociales de adjudicación, en el caso de contratos en que los riesgos

---

<sup>46</sup> Artículo 67, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24/UE; artículo 82, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/25/UE, y artículo 41, apartado 2, de la Directiva 2014/23/UE. La «comercialización y sus condiciones» puede incluir consideraciones de comercio justo, como estableció el Tribunal de Justicia en el asunto C-368/10.

sociales o los posibles beneficios sociales sean elevados, puede tener sentido que los criterios sociales de adjudicación tengan una ponderación alta.

Los criterios de adjudicación pueden ser más efectivos si se los combina con la inclusión de otras medidas de CPSR en los criterios de selección, las especificaciones técnicas y las condiciones para la ejecución del contrato. A tal efecto, la Guía Europea de la CPSR 2021 señala como buenas prácticas las siguientes:

*“— Los criterios sociales de adjudicación pueden animar al mercado a obtener resultados más responsables socialmente y deben formularse con cuidado y ponderarse buscando maximizar su impacto.*

*— Piense cómo evaluará y comprobará las afirmaciones que hagan los licitadores en respuesta a los criterios de adjudicación, incluido el uso de certificaciones y etiquetas de terceros, cuando corresponda.*

*— Combine los criterios de adjudicación con especificaciones técnicas, criterios de selección y cláusulas relativas a la ejecución del contrato que le permitan abordar los riesgos sociales y mejorar los resultados sociales.”*

Con el fin de evaluar y verificar los compromisos asumidos en CPSR se deberán fijar en la contratación pública procedimientos que les permitan un control por parte de los poderes públicos sobre los licitadores.

En la LCSP resulta esencial, a partir de los dictados del art. 145 la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor calidad-precio. La Ley ofrece la posibilidad de incluir como criterios de valoración, aspectos ambientales y sociales. Los criterios de valoración deberán reflejar de manera específica los objetivos que se pretende puntuar, se deberá evitar la insuficiente transparencia en el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración, o el conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas, o la puntuación de elementos que ya hayan sido valorados en la fase anterior.

La inclusión de cláusulas sociales, laborales o medioambientales a través de estos criterios debe prever siempre un vínculo especial con el objeto del contrato. En cualquier caso, se debe evitar la confusión de los medios con los fines.

En cualquier caso deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) deberán estar vinculados al objeto del contrato; b) ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad; no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; c) y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

La CNMC en su Guía actualizada de 2021 señala que además de la necesidad de que los criterios sean objetivos y que figure de manera clara la ponderación. Pero añade que se debe prestar una especial atención a varios aspectos:

- a) *Garantía de la igualdad de trato y de no discriminación entre licitadores: “Está prohibido favorecer indebidamente a las empresas ya establecidas o que llevan*

*tiempo trabajando en el sector, atribuyendo por ejemplo una ponderación excesiva a parámetros que puedan favorecer la discriminación a favor de este tipo de operadores.”* La valoración de la experiencia puede ser un criterio para identificar la solvencia, pero no puede ser un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Añade la CNMC que *“Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios.”* Tampoco podrá utilizarse a efectos de la adjudicación del contrato, la valoración del cumplimiento satisfactorio de los contratos puesto que discrimina la posibilidad de acceso de nuevos licitadores. También deben evitarse los derechos de preferencia y tanteo puesto que concede ventajas al vigente titular del contrato o permite al beneficiario subrogarse en la posición del licitador que resulte adjudicatario, sustituyéndole en el contrato.

- b) *Ponderación adecuada de variables básicas:* El método utilizado para la valoración de ofertas debe permitir la existencia de un margen suficientemente amplio para el ejercicio de la competencia en cada uno de estos elementos básicos. Se consideran malas prácticas las siguientes: ponderación inadecuada de los distintos criterios de valoración (precio). El precio ofertado debe tener un peso fundamental en la valoración de cada oferta por ser el criterio objetivo y económicamente cuantificable que mejor suele revelar el grado de eficiencia de los licitadores. No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, cuyo “cliente” es el ciudadano, la CNMC destaca la necesidad de otorgar *“importancia también a otras variables sensibles para el consumidor final, como por ejemplo la calidad del servicio ofertado.”* El impacto del precio o tarifa ofertados en el presupuesto seleccionado como base del proyecto debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. Establecer límites a los precios, tarifas u otras características básicas del servicio que responde al objetivo de impedir ofertas “temerarias”. Pero estos mecanismos pueden desincentivar la participación de entidades en la licitación. Este efecto restrictivo de la competencia se agrava si dicho límite no permite un margen de suficiente mejora en relación con el precio o presupuesto de partida. Por último, si se otorga excesivo peso a criterios poco relevantes para la ejecución de la prestación, o bien si se imponen costes adicionales a los licitadores en relación el vigente titular del contrato.
- c) *Precisión en la definición de los criterios:* Deberán reflejar claramente los objetivos específicos cuya satisfacción se pretende puntuar. Una vez precisados los objetivos, se debe dar libertad al licitador en cuanto a los medios que considere más adecuados para conseguirlos, evitando interferencias en la organización de los factores de producción de los licitadores. Si los criterios de puntuación incorporan juicios de valor, es recomendable concretar los elementos que se tendrán en cuenta para esa evaluación cuantitativa (se deberán describir en subcriterios y se señalará la puntuación que se otorgará a cada uno de ellos).

- d) *Otros aspectos a evitar*: la insuficiencia en el sistema de atribución de puntuación a los criterios de valoración, se deberá evitar la excesiva discrecionalidad; conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas ya que podrá restringir severamente la competencia, sobre todo si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Los umbrales de temeridad no deben estar expresados en valores absolutos. Se deberá evitar la puntuación de elementos que ya se han tenido en cuenta al valorar la solvencia.

El Decreto de la CV regula la incorporación de criterios de responsabilidad social en la fase de adjudicación (art. 10), en particular señala que *“el órgano de contratación incluirá en los pliegos de cláusulas administrativas criterios de adjudicación de carácter social, de transparencia, éticos y ambientales para la valoración de las proposiciones y la determinación de la mejor oferta conforme a la mejor relación calidad-precio, que integren o se refieran a las prestaciones que deban realizarse con dicho contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

*– en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, o*

*– en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, aunque no pertenezcan a su parte sustancial.”*

Los criterios de adjudicación deberán estar referidos en todo caso a las ofertas de las empresas o licitadoras y deben suponer una mejora en las condiciones de prestación del servicio. En todo caso de verán ser objetivos y cuantificables y no se tendrán en cuenta en la selección de la oferta los aspectos de un criterio de adjudicación valorado en otro criterio de adjudicación. Estos criterios deberán ir acompañados en todo caso de las especificaciones y formas de acreditación para evaluar si las ofertas cumplen dichos criterios.

El art. 10 del Decreto CV señala también que los pliegos podrán establecer, los certificados expedidos por organismos públicos y privados, nacionales o internacionales, que acrediten el cumplimiento de los criterios ambientales o bien mediante la posesión de la correspondiente ecoetiqueta ecológica, sin perjuicio de otros sistemas u otros documentos que puedan acreditar el cumplimiento de estos.

Este precepto reconoce la existencia de la etiqueta social y remite para su regulación a lo previsto en el art. 127 LCSP. Se deberán cumplir las condiciones allí especificadas como como medio de prueba de que las obras, los servicios o suministros cumplen las características exigidas.

Los pliegos podrán establecer que los criterios éticos se justifiquen por medio de etiquetado de comercio justo o por medio de otro tipo de herramientas distintiva reconocida por la Organización Internacional de Comercio Justo (WFTO), sin perjuicio de otros sistemas o documentos que puedan demostrar fehacientemente que se cumplen los criterios recogidos en el artículo 2 de la resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo [2005/2455 (INI)], o la que la sustituya. Para cualquier acreditación mediante etiqueta se estará

a lo previsto en el artículo 127 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Por otra parte, la norma valenciana regula la obligación de que las empresas o entidades propuestas como adjudicatarias concreten la plantilla de personas necesarias para la ejecución del contrato y la concreción de los contratos que se compromete a celebrar. Se deberá acreditar la capacidad profesional y personal para realizar las tareas objeto del contrato.

Esta norma además fija como ponderación, para los criterios de carácter social, de transparencia, éticos, y ambientales, entre el 30% y el 45% sobre el total del baremo. Esta ponderación estará vinculada al objeto, contenido y finalidad del contrato y no deberá resultar discriminatoria, facilitando la participación de las PYMES. En aquellos casos en que solo se incluya un criterio de adjudicación de esta naturaleza, la ponderación podrá ser inferior al 30% sobre el total del baremo, sin que pueda ser en ningún caso, inferior al 20% atendiendo a las características y contenido del contrato. El órgano de contratación deberá justificar las razones de su decisión en informe motivado que se incorporará al expediente.

En el caso de incluir criterios de responsabilidad social sujetos a valoración automática se empleará la fórmula objetiva que se considere más adecuada por el órgano de contratación, siempre que no resulte arbitraria o discriminatoria, ni conlleve márgenes desproporcionados en la puntuación entre las ofertas.

Si la valoración depende de un juicio de valor se otorgará en dichos criterios la mayor puntuación a la empresa o entidad licitadora que haya presentado la mejor oferta técnica de acuerdo con el baremo fijado en los pliegos para estos criterios, siempre que no resulte arbitrario o discriminatorio, ni conlleve márgenes desproporcionados en la puntuación entre las ofertas.

Por último, debemos recordar que esta norma incluye criterios de desempate de carácter social en la contratación, siempre vinculados al objeto del contrato, así, señala expresamente el art. 11 del Decreto CV:

*“a) Tendrán preferencia en la adjudicación, cuando el empate se produzca entre proposiciones de empresas y entidades que no estén legalmente obligadas a disponer de un plan de igualdad, las de aquellas empresas y entidades que, al vencimiento de la presentación de ofertas, hayan negociado con la representación legal de las personas trabajadoras si la hubiese, y hayan aprobado y tramitado la inscripción de los planes de igualdad en el registro de la Comunitat Valenciana de convenios y acuerdos colectivos de trabajo o equivalente de otras administraciones, aún no estando obligadas legalmente. Adicionalmente, se valorará que los planes de igualdad dispongan de un certificado o distintivo de carácter oficial o empresarial.*

*b) Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones de las empresas que tengan la calificación de entidad valenciana socialmente responsable, obtenida en la forma establecida reglamentariamente en desarrollo del título III de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social.*

*c) Tendrán preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones de las cooperativas que tengan la condición legal de cooperativas sin ánimo de lucro y figuren inscritas como tales en el Registro de Cooperativas de*

la Comunitat Valenciana o en los Registros de Sociedades Cooperativas de otras Administraciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana, o norma equivalente que en el futuro la sustituya, o en la normativa equivalente de otras Administraciones.

2. En el establecimiento de los criterios de preferencia en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental, se deberá tener en cuenta lo dispuesto por el Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell, por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, o norma equivalente que en el futuro la sustituya.

3. La documentación acreditativa de los anteriores criterios de desempate será aportada por las empresas o entidades licitadoras en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.”

#### 5.6.2.4. Cláusulas sociales y ambientales en la ejecución de los contratos

La fase de ejecución del contrato es determinante para conocer el nivel de compromiso de los compromisos asumidos en CPSR. Esta no podrá hacerse efectiva si no se cumplen las condiciones contractuales oportunas y si no se dispone de los medios necesarios para supervisarlas y garantizar su cumplimiento.

Señala la Guía Europea de la CPSR 2021 que “el uso de condiciones estándar sin añadir cláusulas sociales específicas rara vez es apropiada en el caso de la CPSR. Tratar las condiciones del contrato en una fase tardía puede perjudicar a la CPSR porque, para que sea efectiva, es preciso valorar las condiciones contractuales desde el mismo momento en que comienza un procedimiento planificado.”. Habitualmente el cumplimiento de las condiciones contractuales no se suele evaluar explícitamente durante un procedimiento de licitación, a diferencia de lo que ocurre con las especificaciones técnicas y los criterios de selección y adjudicación, es habitual que los licitadores indiquen si aceptan las condiciones del contrato o las reservas que tengan, las cuales pueden ser negociables. E igualmente para hacer realidad los compromisos en materia de CPSR consiste en asegurarse de que las personas implicadas directamente en la ejecución del contrato —a ambos lados— estén al tanto de las cláusulas sociales.

La guía europea considera buenas prácticas las siguientes:

“— Las condiciones sociales deben incluirse en las condiciones provisionales del contrato y publicarse al comienzo del procedimiento de licitación, señalándolas a la atención de los licitadores.

— Es posible que los contratos típicos no sean adecuados para la CPSR, y es preciso revisar con atención todas las condiciones para asegurarse de que no estén en conflicto con los requisitos de la licitación.

— Como parte del procedimiento, puede invitarse a los licitadores a que formulen observaciones acerca del borrador del contrato o propongan correcciones. La versión definitiva debe reflejar todos los compromisos específicos de la oferta ganadora.



— *Asegúrese de que la persona o las personas encargadas de la gestión del contrato en ambas partes están al tanto de las disposiciones sobre CPSR y son capaces de garantizar su aplicación.*

— *Los contratos y documentos deben estar disponibles en formatos accesibles.”*

Las condiciones de ejecución del contrato se definen en las Directivas comunitarias y señalan que las condiciones de un contrato pueden incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social o relativas al empleo. Las condiciones de ejecución solo podrán ser efectivas si se redactan de forma clara, evitando el uso innecesario de jerga jurídica, si son suficientemente específicas, con plazos y resultados definidos, si se asignan a un aparte o persona concreta, y si van acompañadas de vías de recurso adecuadas en caso de incumplimiento, como sanciones económicas correctoras.

La LCSP fija la obligación por parte de los órganos de contratación, de que tomen medidas para garantizar que en la ejecución de los contratos, los contratistas cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al estado (art. 201 LCSP).

Regula la LCSP las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden (art. 202). Señala que en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución, económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

En las de tipo medioambiental se podrán establecer condiciones como reducir emisiones de gases de efecto invernadero; o una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducir, entre otras finalidades, las de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones

Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300) ; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción

mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución de este.

El Decreto CV regula en su art. 12 las condiciones especiales de ejecución del contrato, que deberán ser adecuadas a la naturaleza de la prestación a contratar, siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad debidamente justificados, y estableciendo el modo en que deberá acreditarse su debido cumplimiento. En caso de que exista subcontratación de la actividad contractual, la entidad contratista deberá exigir el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución impuestas a todas las empresas con las que subcontrate, así como la acreditación del cumplimiento ante el órgano de contratación. También deberá garantizar que en la ejecución del contrato todos los productos que se utilicen provengan de empresas que cumplan con las Convenciones Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

En caso de incumplimiento de la normativa social, incluido el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato y los planes de igualdad, de los compromisos sociales y ambientales previstos en la oferta seleccionada y de aquellas prescripciones de carácter social y ambiental establecidas tanto en el pliego de condiciones administrativas particulares como en el pliego de prescripciones técnicas, podrá recogerse en los pliegos como obligación esencial y conllevará la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa o entidad contratista, en los términos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, o alternativamente, para estos casos, la imposición de penalidades en los términos previstos en la citada ley, siempre que además se establezca como infracción grave a efectos de su artículo 71.2.c y en los términos previstos en el mismo (art. 13 Decreto CV).

Cuando una empresa o entidad contratista o subcontratista que dispusiera de la calificación o sello de entidad valenciana socialmente responsable regulado en la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social, haya incurrido en las infracciones indicadas, de forma que con carácter firme se hayan impuesto penalidades o resuelto el contrato, se iniciará el procedimiento para la revocación del indicado reconocimiento por incumplimiento sobrevenido de los requisitos para su otorgamiento en los términos establecidos en el art. 16 Decreto CV.

## 5.7. Contratos reservados

### 5.7.1. Empresas sociales y contratos reservados

El concepto de empresa social debe ser abordado para poder entender con detalle la figura de los contratos reservados.

Dentro de la Unión Europea, el “Estatuto de las empresas sociales y solidarias - Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2018 con recomendaciones a la Comisión sobre un estatuto de las empresas sociales y solidarias (2016/2237(INL))” reconoce la existencia de las empresas sociales y solidarias en línea con las Directivas del sector público de 2014. En este texto se afirma que es urgente contar con *“una definición jurídica básica que contribuya sólidamente a los esfuerzos realizados por la Unión Europea y los Estados miembros para desarrollar las empresas sociales y solidarias, de modo que también puedan disfrutar de las ventajas del mercado interior”*. Subraya las diferencias sustanciales entre los Estados miembros en cuanto a la forma de regular las empresas sociales y solidarias.

Esta resolución del Parlamento Europeo defiende que la empresa social y solidaria es una entidad privada<sup>47</sup>:

- a) establecida bajo una forma jurídica disponible en los Estados miembros y de conformidad con la legislación de la UE, e independientes del Estado y de las autoridades públicas;
- b) cuyo objeto debe ser esencialmente de interés general y/o de utilidad pública;
- c) debe ejercer esencialmente una actividad de utilidad social y benéfica, es decir, tener como objetivo apoyar, a través de sus actividades, a las personas en situación de vulnerabilidad, luchar contra la exclusión, la desigualdad y las violaciones de los derechos fundamentales, incluso a nivel internacional, o promover la protección del medio ambiente, la biodiversidad, el clima y los recursos naturales;
- d) que esté sujeta a restricciones, al menos parciales, en cuanto a la distribución de beneficios y a normas específicas sobre el reparto de beneficios y activos durante todo su ciclo de vida, incluso en el momento de la liquidación, y que la mayor parte de los beneficios, en cualquier caso, se reinvierta o se destine a la consecución de su objeto social;
- e) debe ser gestionada de acuerdo con modelos de gobernanza democrática, implicando a sus empleados, clientes y otras partes interesadas en sus actividades, y la importancia y los poderes de los miembros en el proceso de toma de decisiones no deben basarse en el capital que puedan poseer.

Más recientemente, en diciembre de 2021, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Construir una economía al servicio de las personas: plan de acción para la economía social {SWD(2021) 373 final} subraya que: *“Ahora se entiende que las empresas sociales forman parte de la economía social. Funcionan proporcionando bienes y servicios al mercado de forma*

---

<sup>47</sup> MEIRA/VAÑÓ: Empresas sociales en Portugal y España - un análisis comparativo, XXX Congreso Internacional CIRIEC 2022.

*empresadora y a menudo innovadora, con objetivos sociales y/o medioambientales que justifican la acción comercial.*” La Comisión destaca que en estas entidades *“los beneficios se reinvierten principalmente para lograr su objetivo social”*. Además, su modo de organización y propiedad se basa en *“principios democráticos o participativos o tiene como objetivo el progreso social”*. En cuanto a las formas jurídicas adoptadas por las empresas sociales, cabe señalar que varían según el contexto nacional.

A la luz de estos documentos, la empresa social debe entenderse como una entidad de carácter privado, autónoma e independiente respecto al Estado y a otras entidades privadas con ánimo de lucro, que ejerce una actividad de interés general, que se gestiona de forma empresarial, sin ánimo de lucro, o en la que los beneficios se reinvierten principalmente en el ámbito perseguido, y que se basa en un modo de organización y funcionamiento empresarial, inclusivo, participativo, responsable y transparente.

El concepto de empresa social hace referencia a su dimensión social, aunque no se trata de un concepto nuevo lo cierto es durante los últimos años donde ha sido considerado como una fórmula alineada con el concepto de economía social.

En Europa surge el modelo de empresa social a partir de la tradición cooperativa, dentro de la economía social. Se trata de un modelo que trata de resolver problemas de desempleo estructural y de colectivos con dificultades de empleabilidad, además de prestar servicios sociales dirigidos a grupos en riesgo de exclusión social.

En 2016 de puso en marcha una iniciativa legislativa en el Parlamento Europeo para la aprobación de un estatuto para las empresas de la economía social y solidaria e igualmente en 2017 se llega a la misma conclusión y se recomienda un sistema de certificación de la Unión Europea para combinar seguridad jurídica y flexibilidad.

Los elementos sobre los que se construye el concepto de empresa social son el objetivo social, la reinversión de los beneficios y la gobernanza democrática. En ningún caso se alude a la forma jurídica, si bien estamos ante caracteres que son comunes a las entidades de la economía social recogidas en la Ley 3/2011.

Las empresas sociales responden a un entorno cambiante y a las necesidades que se fijan en cada momento, el no contar con un concepto legal a semejanza del concepto de economía social que se configura en la Ley 3/2011 conduce a una cierta inseguridad en cuanto a la conceptualización del tipo de sociedades que pueden ser consideradas sociales.

En el caso español, dado el marcado carácter asociativo y social de las empresas sociales, habitualmente se han identificado con las definidas en la Ley 3/2011 de la Economía Social, pero no son las únicas, tal y como mencional la Comisión Europea al señalar que *“los regímenes jurídicos específicos de la economía social están especialmente adaptados a las empresas sociales, ya que su modo de gobernanza favorece la participación y la apertura”*. Se trata de un modelo basado un un objetivo social de interés común, en la prioridad en la reinversión de los beneficios y en la gobernanza democrática.

Atendiendo a los principios configuradores de las empresas sociales, encontramos con varios tipos de entidades que podrán obtener la calificación de entidades sociales, y que además

cuentan con normativa específica. Por una parte, las empresas de inserción (EI), los centros especiales de empleo (CEE), las cooperativas de iniciativa social y las cooperativas de integración social, a ellas se podrían sumar algunas asociaciones y fundaciones o las cooperativas de servicios públicos y las calificadas como cooperativas no lucrativas.

Una vez delimitado de manera breve el concepto de empresa social que puede vincularse a los contratos reservados, iniciamos un breve análisis de los contratos reservados en la normativa europea y nacional.

#### 5.7.2. Guía europea CPSR 2021

La Guía europea CPSR 2021 recuerda que los Estados miembros pueden reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación pública a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal es la integración social y profesional de personas desfavorecidas o con discapacidad. También es posible prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido estructurados y estables.

La Guía europea fija como condición para que se puedan acoger a esta reserva, que al menos el 30% de los empleados de estos talleres, operadores económicos o programas, sean personas con discapacidad o desfavorecida. Admite la posibilidad que se reserve únicamente un lote de un contrato, e incluso se contempla la posibilidad de aplicar una reserva distinta a determinados servicios cubiertos por el régimen simplificado, y fundamentalmente a los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74<sup>48</sup>.

La reserva va destinada a organizaciones que tengan en su objeto el desarrollo de un servicio público vinculado al contrato adjudicado. Estas organizaciones según lo dispuesto en las Directivas deberán reinvertir los resultados positivos, la propiedad del capital es participativa<sup>49</sup>, en particular las condiciones serán las siguientes:

*“a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1 del art. 77.*

*b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;*

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

*d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.”*

El Objetivo de las Directivas es garantizar que la reserva de contratos no falsee de manera indebida, la competencia en el mercado. Las Directiva configura el uso de reservas de modo

<sup>48</sup> Artículo 77, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE y artículo 94 de la Directiva 2014/25/UE.

<sup>49</sup> Artículo 77, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE y artículo 94 de la Directiva 2014/25/UE.

opcional, por lo que a un servicio de los que aparece en la lista se le puede asignar un contrato mediante un procedimiento no reservado y que se rija por las normas del régimen simplificado.

Se consideran buenas prácticas las siguientes:

- Reservar un contrato para que organizaciones o programas con un fin social compitan entre sí para lograr que la contratación pública genere un valor social.
- Consultar al mercado puede con el fin de identificar a las organizaciones relevantes que reúnen los criterios previstos en las disposiciones relativas a los contratos reservados y a determinar su capacidad para ejecutar los contratos.
- Si las empresas sociales no tienen la capacidad necesaria para presentar una oferta por sí solas las autoridades deberán plantearse la posibilidad de, bien dividirlo en lotes, bien formar asociaciones o consorcios para cumplir los requisitos.

#### 5.7.3. Contratos reservados en España

En la DA 4 LCSP se regula la figura del contrato reservado en la misma línea marcada por la Directiva de la Contratación pública (2014/24/UE) por lo que se faculta a los órganos de contratación a limitar la participación en determinados procedimientos o lotes a dos tipos de empresas sociales, a las empresas de inserción y a los centros especiales de empleo de iniciativa social.

Con esta figura se logra beneficios para ambas partes del contrato: para las AAPP llevan aparejados beneficios sociales y de empleo derivadas de la actividad que desarrollan las empresas de inserción y los centros especiales de empleo, que a su vez tienen un interlocutor seguro que les va a pagar por los servicios prestados. Este contrato se configura como obligatorio, de forma que el sector público deberá reservar un porcentaje de su contratación a este tipo de empresas.

A través de este contrato se beneficiará a aquellas empresas que o bien tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social, o bien se trate de entidades sin ánimo de lucro. Concretamente señala la participación de los centros especiales de empleo de iniciativa social, es decir, promovidos como mínimo por un cincuenta y un por ciento por entidades sin ánimo de lucro o fundaciones, o las empresas de inserción siempre que el 30% de las personas empleadas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión .

La LCSP regula la reserva de mercado a través de la cual las AAPP podrán fijar un porcentaje en el presupuesto de los contratos públicos a adjudicar mediante contratos reservados con el fin de fomentar la inserción de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social. En la DA48 se fija, además de un criterio preferente en la adjudicación de contratos relativos a la prestación de servicios de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, la posibilidad de reservar contratos para servicios de carácter social, cultural y de salud.

#### 5.7.4. Contratos reservados en la Comunitat Valenciana

El Decreto de la CV regula en el art. 9 la inclusión de porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en 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, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido.

El anuncio de licitación deberá incluir siempre el acuerdo de reserva, además de los siguientes requisitos:

*“a) En todo caso, para la aplicación de esta reserva se exige que las entidades cumplan con las exigencias requeridas por su normativa de referencia, así como el porcentaje establecido en la misma de personas trabajadoras con discapacidad/diversidad funcional o en situación de exclusión social.*

*b) La participación en la licitación de estas empresas exigirá declaración responsable, sin perjuicio de que en caso de resultar adjudicataria se pueda exigir la acreditación de requisitos de solvencia económica y técnica detallados en los pliegos.*

*c) La calificación como reservado deberá constar en el expediente administrativo, así como indicarse en la definición del objeto y en el título del contrato.*

*d) Es susceptible de reserva cualquier objeto contractual y, preferentemente, las obras de conservación y los servicios de mantenimiento y conservación de bienes inmuebles, los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, artes gráficas, limpieza y lavandería, restauración, recogida y transporte de residuos, hostelería, servicios sociales, logística, hospedaje y turismo rural, así como los servicios y los suministros auxiliares para el funcionamiento de la Administración.*

*4. También se podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud en los términos establecidos en la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.”*

## 6. Conclusiones

Una AAPP socialmente responsable es aquella que interactúa en el mercado con entidades de cualquier índole para el desarrollo o ejecución de sus fines con criterios sociales.

Las AAPP socialmente responsables en los términos reguladas en la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (2014-2020) de 16 de julio de 2014, son aquellas que tienen un impacto en la sociedad.

La RS conlleva una serie de valores sobre los que se debe construir una sociedad cohesionada y debe encaminarse hacia un sistema económico más sostenible. Pero además, la RS puede contribuir a reducir los efectos de las crisis económicas, la pérdida de puestos de trabajo, y a promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades así como promover la inclusión social. Las empresas para implementar la RS en sus organizaciones deben atender a las demandas sociales, medioambientales, éticas y de buen gobierno, el respeto a los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores.

En todo caso, y siguiendo la estrategia española de responsabilidad social, se deberán respetar los principios de competitividad, cohesión social, creación de valor compartido, sostenibilidad, transparencia y voluntariedad.

Las AAPP de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución Española deben ser legalmente responsables, en la medida en que están sujetas a la Ley, pero nada impide que en determinados ámbitos, con respeto al principio de legalidad, puedan ir más allá de los mínimos legales establecidos, y por ende, desarrollar en sus políticas, la responsabilidad social.

Las cláusulas sociales constituyen una medida esencial para el impulso de la contratación pública socialmente responsable se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos (europeo y nacional) como una manera transversal y estratégica para el desarrollo de políticas sociales.

Las cláusulas sociales regulan las condiciones a exigir a los licitadores y contratistas para que impulsen o se garanticen los objetivos sociales de interés general, para que se garantice la calidad de los contratos, se proteja la salud, se integre a las personas vulnerables o desfavorecidas, se promueva la igualdad de género o el consumo responsable entre otras.

Los poderes públicos deben tomar conciencia de su capacidad para la consecución de objetivos sociales y públicos a través de la contratación pública y además deben fomentar la licitación de los contratos incorporando dichos fines sociales en los términos por la normativa reguladora (vid. art. 99 LCSP).

El objeto del contrato será determinante para incluir la justificación de las cláusulas sociales. En el contrato se definirán las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, incorporando innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y la sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que contraten, que se combinarán con el de mejor calidad-precio.

Por último, es esencial concretar el concepto de empresa social y ponerlo en relación con los contratos reservados. Así, la empresa social debe entenderse como una entidad de carácter privado, autónoma e independiente respecto al Estado y a otras entidades privadas con ánimo de lucro, que ejerce una actividad de interés general, que se gestiona de forma empresarial, sin ánimo de lucro, o en la que los beneficios se reinvierten principalmente en el ámbito perseguido, y que se basa en un modo de organización y funcionamiento empresarial, inclusivo, participativo, responsable y transparente.

El contrato reservado por su parte se configura como obligatorio, de forma que el sector público deberá reservar un porcentaje de su contratación a este tipo de empresas.

A través de este contrato se beneficiará a aquellas empresas que o bien tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social, o bien se trate de entidades sin ánimo de lucro.

## 7. Bibliografía

CNMC: Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Actualizada en 2021.  
[https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702\\_10.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702_10.pdf)



FAJARDO/VAÑÓ/MERINO: Claves para la colaboración público-privada. 2021.

GVA (2021): II *Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su Sector Público*

[https://participacio.gva.es/documents/162282364/165936605/2a-Guia\\_responsabilidad\\_social/8953be1e-a411-43f4-bb60-52f5a2f577d7](https://participacio.gva.es/documents/162282364/165936605/2a-Guia_responsabilidad_social/8953be1e-a411-43f4-bb60-52f5a2f577d7)

MEIRA/VAÑÓ: Empresas sociales en Portugal y España - un análisis comparativo, XXX Congreso Internacional CIRIEC 2022.

MONZÓN/VAÑÓ (2020): Guía de responsabilidad social para las empresas y entidades de la economía social.

OCDE: 4º INFORME sobre la experiencia de las empresas españolas de Economía Social en la Cooperación al Desarrollo 2017-2019. Y más recientemente, Economía Social: Palanca De Crecimiento Inclusivo Para Una Recuperación Social y Económica Acorde Con La Agenda 2030.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2002): El contrato de "Project finance", Tirant lo Blanch.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2016): "Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia", *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, ISSN 0213-8093, Nº. 87, págs. 177-202.  
<https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/7219/10878>

VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2017) "El contrato de "project finance"" en *Shadow Banking y financiación empresarial alternativa* / coord. por Rafael Marimón Durá, págs. 263-288;

VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2019) "El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)" en *Revista española de capital riesgo*, Nº. 3, págs. 5-20;

VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2020) "La colaboración público-privada a través de entidades de la economía social", en *Noticias de la economía pública social y cooperativa = Noticias CIDEC*, Nº. 64, 2020 (Ejemplar dedicado a: La colaboración público-privada a través de las entidades de la Economía Social), págs. 28-49.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J. (2022) Dir.: Mecanismos de colaboración público-privada a través de entidades de la economía social. Laboratorio de transformación social ODS. IUDESCOOP.