

EFECTOS PARA LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN DE LA DECLARACION DE PRESTADORAS DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

María Pilar Alguacil Marí, Jorge García Hernández



GENERALITAT
VALENCIANA

LABORA
Servei Valencià d'Ocupació i Formació



aulaempresocial

UVemprèn UNIVERSITAT
ID VALÈNCIA

**EFFECTOS PARA LAS EMPRESAS DE
INSERCIÓN DE LA DECLARACION
DE PRESTADORAS DE SERVICIOS
DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL**

ISBN: 978-84-09-46198-1
DEPÓSITO LEGAL: V-3590-2022

Diseño e impresión:
Gráficas Papallona

Publica: Aula Empresocial, Universidad de Valencia
El presente trabajo ha sido financiado por LABORA, Servei valencià de Ocupació i Formació.

AUTORES

María Pilar Alguacil Marí

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Valencia,
y directora del Aula de Emprendimiento en Economía social y sostenible

Jorge García Hernández

Funcionario con habilitación de carácter nacional, subescala Intervención – Tesorería,
categoría superior. Interventor General del Ayuntamiento de Gandía

RESUMEN DEL INFORME

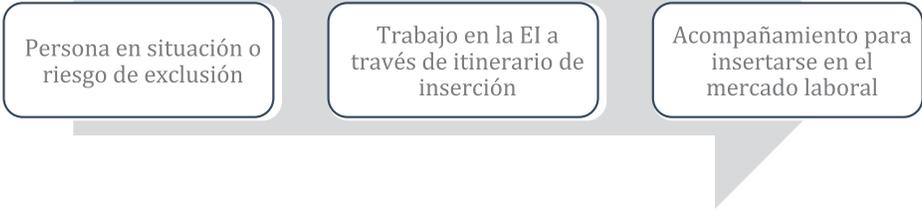
Efectos para las empresas de inserción de la declaración de prestadoras de servicios de interés general.

¿Qué son las empresas de inserción?

Las empresas de inserción son estructuras productivas, que, según el régimen de la ley valenciana reguladora, Ley 1/2007, de 5 de febrero, de la Generalitat, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana, no tienen ánimo de lucro. Como tales empresas, desarrollan una actividad económica, pero como instrumento para su objetivo de insertar en el mercado laboral a personas en situación o riesgo de exclusión a través de un itinerario de inserción. La idea de partida de las empresas de inserción es que el vehículo más adecuado para insertar a alguien en la sociedad en la que vive es el trabajo: la realización de una actividad que tiene su repercusión en la sociedad y que le proporciona medios económicos para su mantenimiento y el de su familia.

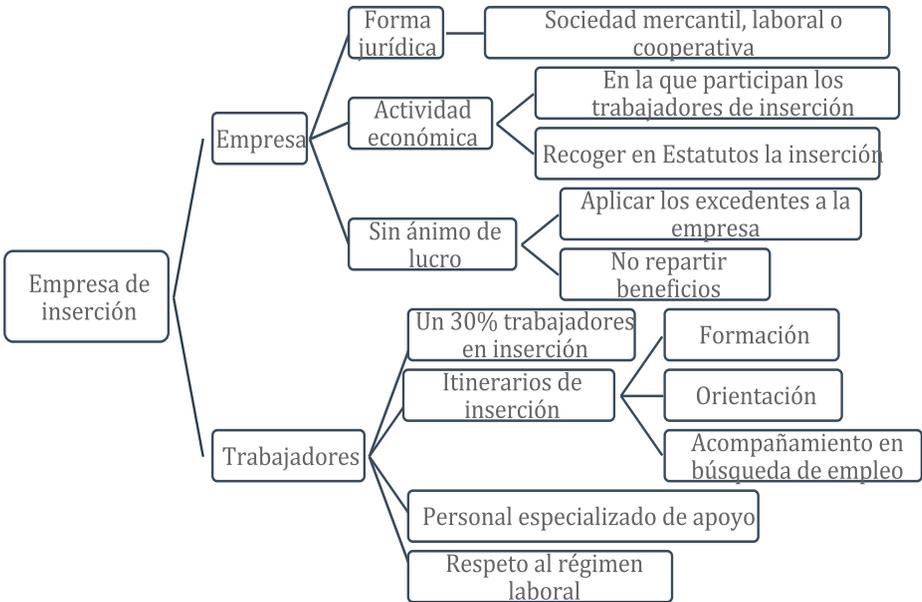
-  Tratarse de una empresa o estructura productiva
-  No tener ánimo de lucro
-  Tener finalidad primordial la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión

Según la normativa, el 30% de sus trabajadores son personas en itinerario de inserción, que pueden estar en la empresa un período máximo de 3 años, tras el cual la empresa efectúa un acompañamiento para insertarlos en el mercado laboral ordinario.



Para el desarrollo de dicho itinerario, la empresa cuenta con personal “de acompañamiento”, pero asimismo, con trabajadores “ordinarios” que trabajan en la empresa y posibilitan el aprendizaje de la actividad para los trabajadores de inserción.

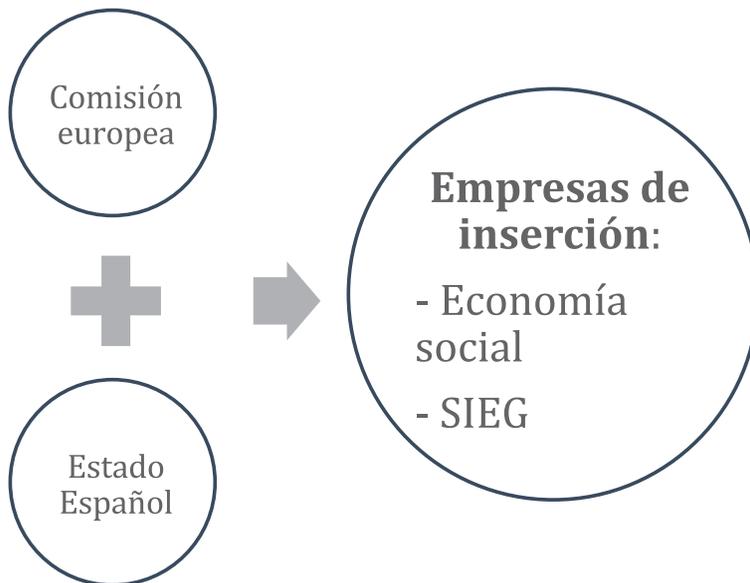
Enumeraremos en un esquema los requisitos de las empresas de inserción de la Comunidad Valenciana:



La declaración de Servicios de interés Económico general de las Empresas de inserción

Estas empresas son consideradas por la Comisión europea como “Empresas sociales”, encuadradas en la Economía social. La Comisión ha calificado a la actividad de inserción sociolaboral como uno de los Servicios sociales de interés económico general y ha propugnado el uso de esta calificación para determinadas Entidades de la Economía social, como medio para mejorar su situación en términos de ayudas económicas, contratación pública y fiscalidad.

En el ámbito nacional, las empresas de inserción han sido declaradas Entidades prestadoras de servicios de interés económico general por la Ley 5/2011, que asimismo las encuadra en la Economía social.



¿Qué son los Servicios de interés económico general en el derecho europeo (SIEG)?

Los servicios de interés económico general están contemplados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en sus arts, 14 y 106.2. Según la Comisión, servicio de interés económico general es un concepto aplicable a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas *obligaciones de servicio público* en virtud de criterios de interés general.

Es un mandato de promoción que supone una expresión de la consagración de objetivos sociales, ya que los SIEG son instrumento de la cohesión social y de políticas sociales clave.

Además, la protección de los SIEG también se contempla en el acuerdo de los Jefes de Estado y de Gobierno en un Protocolo de servicios de interés económico general (nº26) anexionado al Tratado.

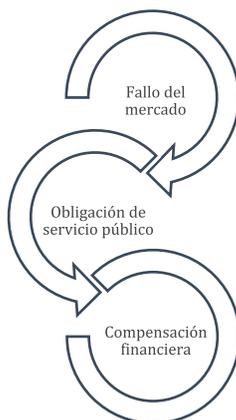
¿Qué efecto tiene la declaración de las empresas de inserción como SIEG?

Afecta al derecho de la competencia, tanto a las ayudas financieras (subvenciones, garantías, cesión de bienes, beneficios fiscales, etc), como a la contratación pública.



En cuanto a las ayudas públicas, el art. 106. 2 TFUE establece un régimen específico y más permisivo, para los SIEG que para el resto de actividades empresariales. En general, éstas son incompatibles con el Derecho europeo de la competencia, pero para que algunos servicios de interés económico general funcionen con arreglo a principios de interés colectivo, y en condiciones que les permitan cumplir su cometido, puede resultar necesario un apoyo financiero del Estado que asuma total o parcialmente los costes específicos derivados de las obligaciones de servicio público. De ahí que las ayudas que:

- A) Se basen en esa “obligación de servicio público”
- B) Sólo compensen el déficit generado por esta actividad, no se consideran incompatibles.



¿Cómo se concreta esto?

Existe un paquete de medidas europeas para regular cómo actuar en caso de ayudas a SIEG.

La **Comunicación** de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general.

- En ella se aclaran conceptos básicos sobre ayudas estatales, relativos a los SIEG, como las nociones de ayuda, SIEG, actividad económica, ausencia de ayuda, etc.

Reglamento de minimis dirigido a los servicios de interés económico general.

- Se establece un **umbral específico de minimis**, superior al Reglamento de minimis general

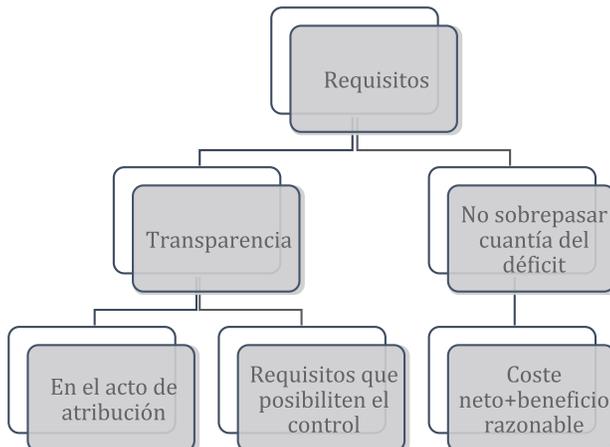
La **Decisión** de la Comisión de 20 de Diciembre de 2011

- En ella se establecen las condiciones de compatibilidad de las compensaciones SIEG

Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público

- Se establecen los requisitos para la calificación de compatibilidad de las ayudas

En el caso de las empresas de inserción, aquellas ayudas que superen el importe del Reglamento de minimis (500.000 euros por 3 años fiscales) pueden acogerse a la compatibilidad automática de la Decisión, que no tiene límite cuantitativo para estas empresas, siempre que cumplan los requisitos de transparencia y cálculo de la compensación allí exigidos.



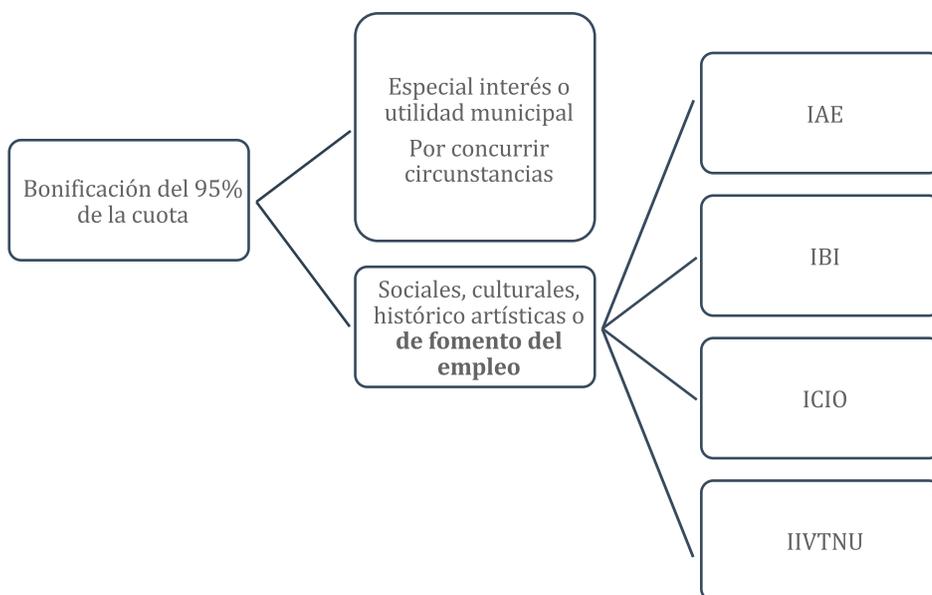
¿Qué se puede hacer en materia fiscal?

Aunque la normativa SIEG explicada no se aplica a los beneficios fiscales en términos estrictos (por no ser posible calcular su importe total), al igual que a la contratación pública, esto no significa que la declaración no justifique el establecimiento de

regímenes o incentivos fiscales que eviten detraerles los beneficios que destinan a su actividad.

En relación con la tributación autonómica, y en el marco de las competencias de la Generalitat Valenciana, se propondría establecer una deducción autonómica para el mecenazgo “social” (además del deportivo y cultural) referido a las empresas de inserción, en la cuota del IRPF.

Asimismo, en el ámbito local, se podrían establecer, con la normativa actualmente existente, bonificaciones de hasta el 95% en la cuota en el Impuesto sobre Bienes inmuebles (en adelante, IBI) en el Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE), en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (en adelante, ICIO), y en el Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, IMIVTNU).



Las empresas de inserción, como hemos visto, tendrían cabida, tanto en las “circunstancias sociales” como en aquellas “de fomento del empleo”. Y su carácter de “especial interés” o “utilidad municipal” parece consagrada por la declaración de “servicios de interés económico general”. Esta es una bonificación potestativa para los Municipios, que además, debe declarar expresamente el especial interés o utilidad de la/s empresas de inserción, y rogada para las mismas, que deben solicitarlo.

¿Cómo pueden colaborar las Administraciones públicas con las empresas de inserción?

Además de los beneficios fiscales que hemos señalado, las empresas de inserción pueden ser objeto de otras actividades de la Administración que coadyuva-

rían a la consecución de sus objetivos. Veamos un esquema de las formas más relevantes.



¿A qué subvenciones pueden acceder las empresas de inserción?

Sin duda, las empresas de inserción pueden ser beneficiarias de subvenciones obtenidas en procedimientos de concurrencia competitiva. Pero también lo pueden ser en el caso de las subvenciones directas.

Las empresas de inserción pueden acceder a una subvención nominativa (art. 22.2.a) de la Ley General de subvenciones), establecida en los Presupuestos de la Entidad concedentes, que determinará su importe y la Entidad beneficiaria, según lo recogido en el convenio con la misma. Esta parece la vía de subvención más acertada para garantizar el normal funcionamiento de la empresa de inserción, ya que permite que ésta pueda acceder al crédito y organizar su presupuesto de forma racional.

Sin embargo, ello no es inconveniente para que pudieran optar, asimismo, a subvenciones directas de carácter excepcional, *cuando se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública* (art. 22.2.c) de la Ley General de Subvenciones).

¿A qué contratos públicos pueden acceder las empresas de inserción?

Las Empresas de Inserción pueden ser contratistas de las Administraciones Públicas, dado que poseen los requerimientos de aptitud para ello. En los procedimientos

de licitación pública pueden incluirse **consideraciones de tipo social**, en cualquier fase del contrato. Y en particular, 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.

Sin embargo, la forma más conveniente de realizar una contratación pública con empresas de inserción probablemente sea a través de los **contratos reservados**. En efecto, una forma clara de que las Administraciones Públicas faciliten la integración de los colectivos afectados por la exclusión social es primar en su contratación a las Empresas de Inserción.

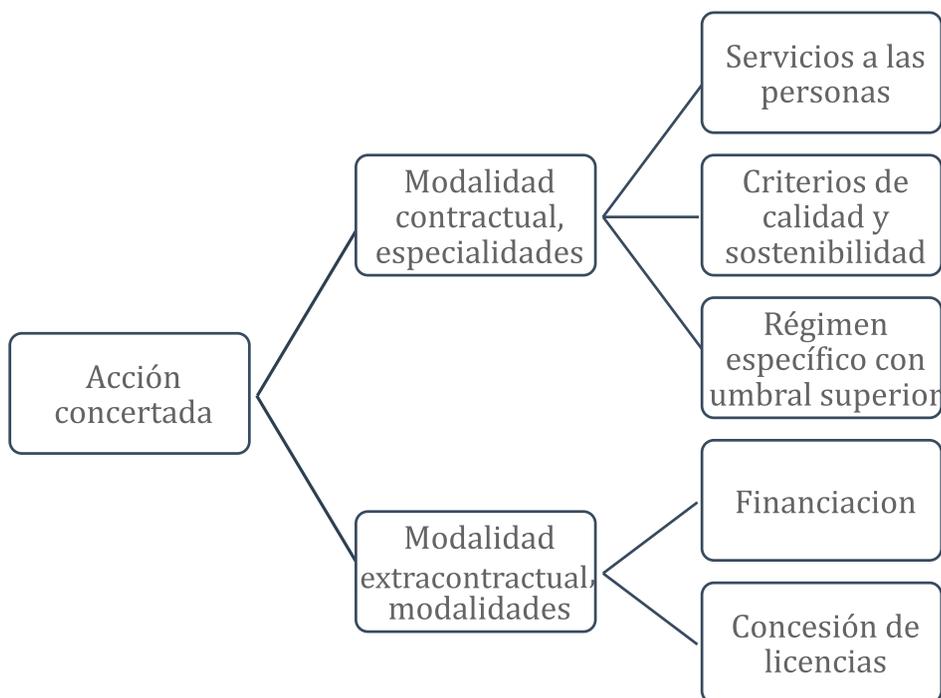
La Ley de contratos del sector público, siguiendo lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, considera conveniente *disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido. Refiriéndose a ... los talleres protegidos.... otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados.*

Y así, en su artículo 20.1 establece la posibilidad de dicha reserva de contratos, posibilidad que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la D.A.4ª de la ley de Contratos del Sector Público, que establece la obligatoriedad de reservar un determinado porcentaje de la contratación pública a empresas de inserción y centros especiales de empleo de iniciativa social en determinados contratos o lotes de contratos. El Anexo VI de la LCSP 2017 contempla la relación de códigos CPV de los servicios y suministros a los que se debe aplicar la reserva en la contratación.

En la actualidad, no se está realizando un uso conveniente o razonable de dicho mandato, cuyo incumplimiento no acarrea ninguna consecuencia jurídica.

¿Se puede concertar la prestación de servicios a través de empresas de inserción?

Aunque la mayoría de la doctrina consideraba el concierto como una modalidad de gestión indirecta del servicio público muy adecuada para la prestación de servicios sociales y asistenciales, e n la actual LCSP no se contempla la modalidad de concierto como forma de prestación de un servicio público, como consecuencia de la transposición de las Directivas de 2014. Sin embargo, éstas permiten que los Estados miembros concierten con entidades sin ánimo de lucro la prestación de servicios sociales extra-muros de la legislación contractual, de ahí la denominación de “acción concertada” o “concierto social”. Y ello, a través de especialidades en determinados contratos, o bien admitiendo que se realice fuera de la contratación pública, a través de la financiación, concesión de licencias, etc.

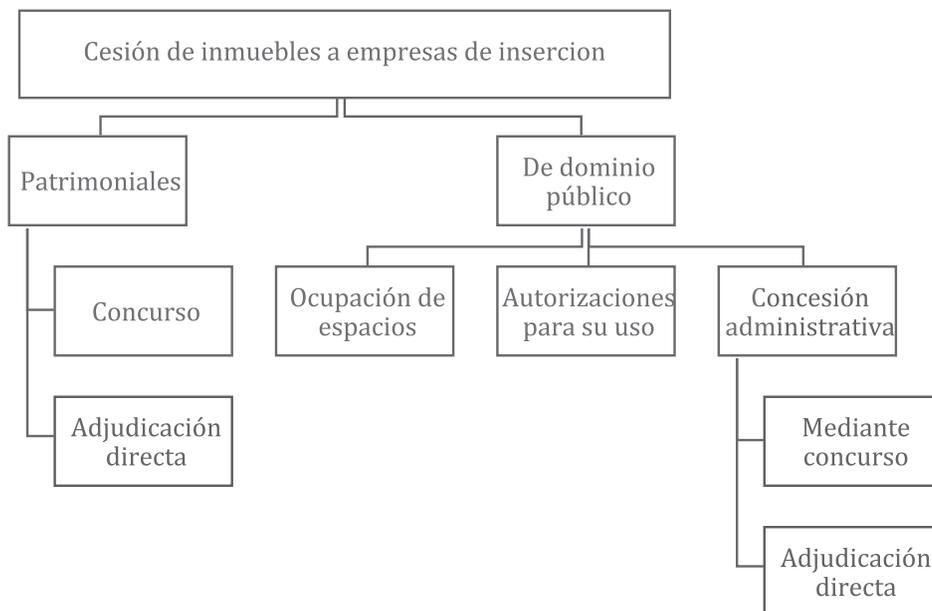


En la Comunidad valenciana, el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, define la acción concertada como *la forma de provisión específica de servicios sociales, en aquellos sectores de la acción social y servicios que se establecen en este decreto, diferente a la gestión directa e indirecta (art.3.a)*, pero la prevé únicamente para la Generalitat, y no para las Entidades locales.

No cabe duda, de que la acción concertada es también una fórmula idónea, quizás más y mejor, que los contratos reservados, para cumplir dos objetivos: la prestación de servicios públicos de carácter social y que sean las Empresas de Inserción los instrumentos idóneos para la prestación de este tipo de servicios públicos. Sería recomendable, además, que la ley valenciana incluyera la posibilidad de su uso por las Entidades locales.

¿Puede la Administración ceder bienes inmuebles o instalaciones a las Empresas de inserción?

Existen distintos procedimientos por los que se pueden ceder bienes inmuebles o instalaciones a las empresas de inserción, dependiendo, sobre todo, de si se trata de bienes patrimoniales o de dominio público



En el caso de la cesión de bienes de carácter **patrimonial** de las Administraciones Públicas a las Empresas de Inserción es posible bien mediante la adjudicación directa, bien mediante concurso en el que se considere la finalidad de este tipo de Empresas. El concurso como forma de cesión de los bienes es adecuado, porque no se sujeta la adjudicación sólo al criterio económico, debiendo valorarse otros aspectos como los propios de los objetos de las Empresas de Inserción, en un sentido parecido a como lo hace la propia legislación contractual al establecer los contratos reservados para este tipo de Empresas, precisamente por el objeto social que cumplen.

Pero no podemos despreciar la adjudicación directa, en la que la norma exige que se justifique suficientemente esta adjudicación sin procedimiento licitatorio.

Para el supuesto de los bienes de **dominio público**, caben varias posibilidades:

- El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.
- El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.

Normalmente se otorga mediante concurrencia competitiva, pero que para las empresas de inserción podría realizarse en adjudicación directa, ya que el artículo 137.4 de la LPAP expresamente contempla la adjudicación directa cuando el adjudicatario sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública (letra b), y cuando el

inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general.

Pero también caben otras posibilidades para las empresas de inserción:

- 1) La **ocupación** de espacios en edificios administrativos para la prestación de servicios al personal empleado o visitante. Dado el objeto de las empresas de inserción, entendemos que este tipo de usos es especialmente interesante, ya que la prestación de servicios contratada con una administración podría acarrear esta ocupación.
- 2) Las **autorizaciones** sobre bienes de dominio público, con plazo máximo de 4 años. Dadas las características de las Empresas de Inserción, cabe citar el apartado 5 del artículo 92 de la LPAP, que permite que estas autorizaciones sean gratuitas cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para la persona autorizada o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento suponga condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla.

ÍNDICE

Resumen del informe	7
Introducción	21
I. Las Empresas de inserción	25
1. Qué son las Empresas de inserción (EI)	25
2. La declaración de la Ley de Economía sostenible y su carácter de “Empresa social”.	30
II. Las empresas de inserción como prestadoras de Servicios de interés económico general	33
1. Qué son los Servicios de interés económico general en el derecho europeo (SIEG).	33
a. Normativa que cita los SIEG.....	34
b. Qué son las “ayudas de Estado”	36
1. Normativa de excepción para los SIEG	37
2. Jurisprudencia	38
2. Qué se consideran servicios sociales de interés económico general (SSIEG) y aplicación a las empresas de inserción.	40
III. Efectos de la declaración de SIEG para las empresas de inserción	43
1. El paquete normativo SIEG.....	44
a. El reglamento “de minimis”	44
b. La Decisión de compatibilidad de las ayudas.	48
2. Aspectos fiscales de las empresas de inserción: labores que puede realizar la CCAA	51
a. Situación actual en la normativa estatal	52
b. Posible introducción de medidas fiscales de competencia autonómica.	52
c. Difusión de las posibilidades actuales en la normativa local.	54

IV. Posibilidades de colaboración pública con las empresas de inserción. 63

1. Posibilidad de que las empresas de inserción reciban subvenciones directas de las Administraciones públicas.....	63
a. Concepto de subvención.....	64
b. Procedimientos para la concesión de subvenciones públicas.....	69
1. Subvenciones nominativas	69
2. Subvenciones directas por motivos sociales, económicos, etc.....	70
2. Posibilidad de que las empresas de inserción sean contratistas de la administración.	71
a. Introducción	71
b. Procedimientos de selección del contratista por la Administración	72
c. Los contratos reservados	73
3. La acción concertada para las empresas de inserción	83
4. Cesión de inmuebles e instalaciones a las empresas de inserción.....	88
a. Bienes patrimoniales.....	89
b. Bienes de dominio público.....	90

Introducción

Las empresas de inserción (en adelante, EI), reguladas en la ley 44/2007, de 13 de diciembre, constituyen un elemento esencial en la política de empleo, en lo relativo, especialmente, a la inserción en el mercado laboral de los colectivos más desfavorecidos y/o en riesgo de exclusión.

Según los datos del Balance social de Federación Española de empresas de inserción (FAEDEI, <http://www.faedei.org/images/docs/documento83.pdf>) de 2019, en dicho año se contrataron a un total de 7.210 personas en las EI. De las 975 personas trabajadoras en inserción (PTI) que finalizaron sus itinerarios personalizados, el 54,56% (532) se han incorporado al mercado laboral ordinario por cuenta ajena, el 10,97% (107) se ha incorporado a la plantilla de estructura y/o técnica de las propias EI y el 2,97% (29) han conseguido un empleo por cuenta propia. Por tanto, el 68,51% (668) de las personas trabajadoras en inserción que han finalizado sus itinerarios en 2019 han conseguido incorporarse al mercado laboral normalizado.

En cuanto a su retorno económico, en el año 2019, la contratación por parte de las Empresas de Inserción fue de un total de 1486 personas trabajadoras de inserción (PTI), que anteriormente recibían Renta Mínima de Inserción (RMI), lo que supuso un ahorro total de 8.257.107,60 € para las administraciones públicas. Las EI también retornaron un total de 8.461.239,17 € a las administraciones públicas vía impuestos. En la Comunidad Valenciana, se calcula un retorno económico vía impuestos de 84.334 euros, y un ahorro por no pagar la Renta de inserción de 34.339 euros. Por todo ello, las EI se consolidan como una fórmula de empleo e inclusión para los colectivos más vulnerables.

Estas empresas fueron declaradas como “prestadoras de servicios de interés económico general” (en adelante, SIEG) por la ley 31/2015, cuyo art. 3.1 modificó el apartado 4º del artículo 5 de la ley 4/2011, de Economía social, introduciendo dicha calificación. De forma coordinada, el art. 4 de aquella misma ley modificó a su vez *la Disposición adicional 4ª de la ley de contratos del sector público* (Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre), estableciendo una reserva de mercado para la contratación pública de estas empresas.

Estas dos previsiones supusieron el cumplimiento de las sugerencias realizadas por la Comisión europea en su Comunicación “Empresa social” (Comunicación “Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la Economía y la innovación sociales”, SEC (2011) 1278 final. A su vez, está en la misma línea que la Comunicación sobre responsabilidad social de las empresas de la misma fecha (COM (2011) 681 final).

El término de “empresas que prestan servicios de interés general” se encuentra, entre otros preceptos, en el art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de cuyo apartado 2 se desprende que son empresas a las que se ha encomendado una «misión específica de servicio público» que implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones, y por ello, puede resultar necesario un apoyo financiero del Estado (en sentido amplio, Administración pública) que asuma total o parcialmente los costes específicos derivados de las obligaciones de servicio público. Del art. 14 del mismo Tratado, que consagra su importancia y la implicación de la Unión europea en el desarrollo de los mismos, se deduce que la Unión europea asume que, en ocasiones, el mercado falla para producir interés general, por lo que existe la necesidad de mecanismos institucionales de no-mercado¹. Y ello tras la constatación, de que la integración económica estaba produciendo problemas de cohesión social que amenazaban la consecución de la misma.

Las empresas encargadas de la integración sociolaboral son consideradas tales, asimismo, por la Comisión europea (véase entre otros, la Guía de 2013 sobre la aplicación de las reglas de Ayudas de Estado y contratación pública a los SIEG SWD (2013) 53 final/2). Como indica la propia Comisión, y varios estudios al respecto, los países miembros no han hecho mucho uso de la declaración de Servicios de interés económico general para sus servicios sociales, siendo en esto España pionera. Normalmente, se sigue utilizando el término de “servicios sociales”, si bien, dependiendo por supuesto del modelo de cada país², en el caso de que se presten por Entidades sin ánimo de lucro, es frecuente la colaboración por parte de las Administraciones públicas en relación, sobre todo, con su financiación³.

De dicha declaración, por tanto, pueden desprenderse otras consecuencias para las políticas de las Administraciones públicas, más allá de la reserva de contratos públicos a la que hemos hecho referencia. En particular, se considera conveniente explorar

1 ENJOLRAS “General interest and social services in the European Union, en la Conferencia *Social Services of General Interest in the European Union-Assessing their specificities, potential and needs*, organizada por el *Observatory for the Development of Social services in Europe*, y la *Platform of European Social NGOs*, con el apoyo de la Comisión europea, Dirección General de Empleo y Asuntos sociales, en Frankfurt, el 28 y 29 de junio de 2004.

2 Véase el estudio BAUBY P, SIMILIE M (dir.) (2010) *Mapping of the public services in the European Union and 27 Member States, Study for CEEP with a co-financement of the European Commission* REVES—European Network of Cities and Regions for Social Economy (2009) *Territorial quality standards in social services of general interest (tqg in ssgj)*. Project cofinanciado por la Comisión europea.

3 BAUBY, P. “Unity and Diversity of SSGIs in the European Union”, en Ulla Neergaard, Erika Szyszczak Johan Willem van de Gronden, Markus Krajewski, *Social Services of General Interest in the EU*, Springer, 2013.

las posibilidades que se podrían plantear en materia de régimen fiscal, subvenciones y de acción concertada en la realización de actividades de servicio público. En efecto, la particular idiosincrasia de estas Entidades, reflejada en su calificación como prestadoras de servicios de interés económico general, hace idóneo el uso de estas Entidades como aliados preferentes de la Administración en la prestación de determinados servicios, haciéndolas sujetos idóneos de la acción concertada, o de algunas fórmulas de partenariado (tales como la cesión de inmovilizado para su uso en la actividad de integración social), así como la concesión de subvenciones directas o con concurrencia competitiva limitada para este tipo de entidades, que les garanticen una financiación estable para el cumplimiento de sus funciones, y/o que les permitan realizar inversiones. En la misma línea, y a la vista de sus especiales características, una mejora en los niveles de la anticipación de los ingresos derivados de las mismas.

Varios estudios han destacado el importante papel que para el desarrollo de las empresas de inserción laboral tienen las políticas públicas de fomento de las mismas, y la colaboración pública en el desarrollo de sus actividades⁴. Y por ello, nos parece importante que se conozcan los instrumentos en manos de las Entidades públicas para establecer dicha colaboración.

4 Cooney, Kate ; Nyssens, Marthe ; O'Shaughnessy, Mary ; Defourny, Jacques. *Public Policies and Work Integration Social Enterprises: The Challenge of Institutionalization in a Neoliberal Era*, en: Nonprofit Policy Forum, p. 1-19 (2016) DOI : 10.1515/npf-2016-0028

I. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

1. Qué son las Empresas de Inserción.

Las Empresas de inserción (en adelante, EI) son, como su nombre indica, estructuras productivas híbridas en las que converge el *objetivo económico* de realización de una actividad en el mercado (de producción, comercialización, servicios), dando empleo a trabajadores, con el *objetivo social* de insertar en dicho mercado- y aún en la misma sociedad- a colectivos de difícil empleabilidad, o que se encuentran en riesgo o situación real de exclusión social.

A diferencia de otras empresas dedicadas a la inserción laboral o WISE (*worker's integration social enterprises*⁵) las empresas de inserción españolas constituyen, básicamente, estructuras de aprendizaje y, como consecuencia de ello, son instrumentales y transitorias, ya que su objetivo no es proporcionar empleo indefinido a los colectivos en situación o riesgo de exclusión, sino en prepararlos para su inserción en el mercado laboral "ordinario".

Para ello, intervienen dos tipos de elementos personales: los trabajadores que son personas en riesgo de exclusión social, objeto de la actividad de inserción, y los agentes sociales que actúan como acompañantes en el proceso de inserción sociolaboral y dirigen el itinerario de inserción, que pueden ser personal de estructura de la actividad, o bien profesionales de la orientación laboral.

La idea de partida de las empresas de inserción es que el vehículo más adecuado para insertar a alguien en la sociedad en la que vive es el trabajo: la realización de

5 Véase Comisión Europea (2020) *Las empresas sociales y sus ecosistemas en Europa. Informe comparativo*. Autores: Carlo Borzaga, Giulia Galera, Barbara Franchini, Stefania Chiomento, Rocío Nogales Muriel y Chiara Carini. EMES International Research Network, Lieja/Madrid. Disponible en <https://bit.ly/3iUg1Wl>. Asimismo, en concreto, <https://emes.net/publications/working-papers/work-integration-social-enterprises-in-the-european-union-an-overview-of-existing-models/>, y Cooney, Kate ; Nyssens, Marthe ; O'Shaughnessy, Mary ; Defourny, Jacques. Public Policies and Work Integration Social Enterprises: The Challenge of Institutionalization in a Neoliberal Era. In: Nonprofit Policy Forum, , p. 1-19 (2016) DOI : 10.1515/npf-2016-0028.

una actividad que tiene su repercusión en la sociedad y que le proporciona medios económicos para su mantenimiento y el de su familia. A los colectivos económicamente más desfavorecidos y a las personas en riesgo de exclusión social les cuesta encontrar empleo y ahí cobra relevancia la función que cumplen las empresas de inserción, al procurar la integración de personas inadaptadas y con pocas posibilidades de formación que de otro modo no podrían acceder al mercado laboral, sobre todo, si se tiene en cuenta que esta labor social se desenvuelve en un entorno competitivo, y que las personas en situación o riesgo de exclusión no están en situación de competir.



Las EI han sido objeto de una regulación específica de ámbito nacional en 2007, por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, aunque la mayoría de Comunidades Autónomas han realizado su propia regulación, en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social. En este informe nos vamos a centrar en el concepto y requisitos puestos de manifiesto en la legislación estatal y la de la Comunidad Autónoma Valenciana, así como en las diferencias entre ambas.

Así, la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en su art. 4 define de esta forma la Empresa de inserción:

Tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.

A estos efectos deberán proporcionar a los trabajadores procedentes de situaciones contempladas en el artículo 2, como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deberán tener servicios de intervención o

acompañamiento para la inserción sociolaboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario.

Por su parte, la Ley 1/2007, de 5 de febrero, de la Generalitat, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana⁶, en su artículo 3º las define de la siguiente forma:

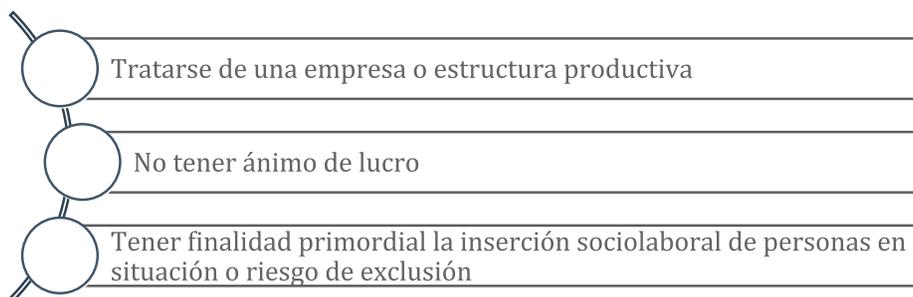
1. A los efectos de la presente Ley, podrán calificarse como Empresas de Inserción aquellas estructuras productivas de bienes o servicios sin ánimo de lucro que, adoptando alguna de las fórmulas jurídicas que se señalan en el apartado siguiente de este artículo, tengan entre sus fines primordiales la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, mediante el desarrollo de un proyecto personal de integración que les permita acceder al mercado ordinario de trabajo.

Como vemos, la definición de la empresa de inserción en ambos casos es muy parecida, como no podía ser de otra manera, ya que las Comunidades autónomas tienen competencias limitadas en la materia⁷. Sin embargo, también pueden apuntarse algunas diferencias:

En primer lugar, la Comunidad Valenciana establece que estas estructuras productivas (como así las denomina) **no deben tener ánimo de lucro**, lo que no se menciona en la legislación estatal en su conceptualización. En la ley estatal, sólo son las entidades promotoras quienes deben carecer de ánimo de lucro (art. 6º).

En segundo lugar, en la legislación estatal, se contempla como objeto social un único fin, mientras que, en la Comunidad Valenciana, no se contempla como un fin único en su objeto social, sino que debe o puede formar parte de otros fines, primordiales la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, mediante el desarrollo de un proyecto personal de integración que les permita acceder al mercado ordinario de trabajo.

Por lo tanto, la empresa de inserción regulada por la normativa de la Comunidad Valenciana se caracterizaría por:



⁶ Desarrollado por Decreto 81/2009, de 12 de junio, del Consell, por el que se dictan normas de desarrollo para la calificación, registro y fomento de las empresas de inserción en la Comunitat Valenciana.

⁷ Como indica BONET SANCHEZ, las CCAA son competentes sólo en relación a la asistencia social (art. 148.1. 20ºCE).

Veamos la regulación estatal y autonómica en una tabla:

<p style="text-align: center;">EN EL ESTADO</p> <p>Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción</p>	<p style="text-align: center;">EN LA COMUNIDAD VALENCIANA</p> <p>Ley 1/2007, de 5 de febrero, de la Generalitat, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana</p>
<p style="text-align: center;">A)Concepto</p> <p>Artículo 4. Concepto de empresa de inserción.</p> <p>Tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.</p> <p>A estos efectos deberán proporcionar a los trabajadores procedentes de situaciones contempladas en el artículo 2, como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Asimismo, estas empresas deberán tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral que faciliten su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario.</p> <p style="text-align: center;">B) Requisitos</p> <p>Artículo 5. Requisitos.</p> <p>Las empresas de inserción a efectos de esta Ley, además de cumplir con lo establecido en el artículo anterior, deberán reunir, como mínimo, los siguientes requisitos:</p>	<p style="text-align: center;">A)Concepto</p> <p>Artículo 3. Concepto de Empresas de Inserción</p> <p>1. A los efectos de la presente Ley, podrán calificarse como Empresas de Inserción aquellas estructuras productivas de bienes o servicios <u>sin ánimo de lucro</u> que, adoptando alguna de las fórmulas jurídicas que se señalan en el apartado siguiente de este artículo, tengan entre sus fines primordiales la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, mediante el desarrollo de un proyecto personal de integración que les permita acceder al mercado ordinario de trabajo.</p> <p style="text-align: center;">B) Requisitos</p> <p>2. Requisitos y obligaciones de las Empresas de Inserción:</p> <p>a) Constituir una sociedad mercantil, sociedad cooperativa, sociedad anónima laboral o sociedad limitada laboral, en los términos contemplados en la legislación aplicable.</p> <p>b) Desarrollar una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios en cualquier sector del mercado.</p>

a) Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras a que se refiere el artículo siguiente. Esta participación será al menos de un cincuenta y uno por ciento del capital social para las sociedades mercantiles. En el caso de Sociedades Cooperativas y Sociedades Laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes legislaciones que les sea de aplicación a los socios colaboradores o asociados.

b) Encontrarse inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma.

c) Mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el treinta por ciento durante los primeros tres años de actividad y de al menos el cincuenta por ciento del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquellos inferior a dos.

d) No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social.

e) Aplicar, al menos, el ochenta por ciento de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción.

f) Presentar anualmente un Balance Social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.

g) Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral.

c) Recoger en sus Estatutos, entre sus fines primordiales, la inserción sociolaboral de personas que presentan especiales dificultades de acceso al mercado laboral, por estar en situación o riesgo de exclusión social.

d) Mantener, al menos, un 30 por 100 de trabajadores en proceso de inserción sociolaboral.

e) Facilitar a los trabajadores, que ocupen una plaza de inserción, medidas personalizadas de apoyo, entendiéndose por tales:

- Formación dirigida al aprendizaje de una determinada actividad profesional y a la adecuación del nivel formativo o las competencias profesionales a las exigencias del mercado laboral.
- Establecimiento de unas pautas de comportamiento destinadas a la adquisición de hábitos sociales y de trabajo.
- Acompañamiento social, encaminado a satisfacer o resolver problemáticas personales y de convivencia que impidan o dificulten el normal desarrollo del proceso de adaptación laboral.

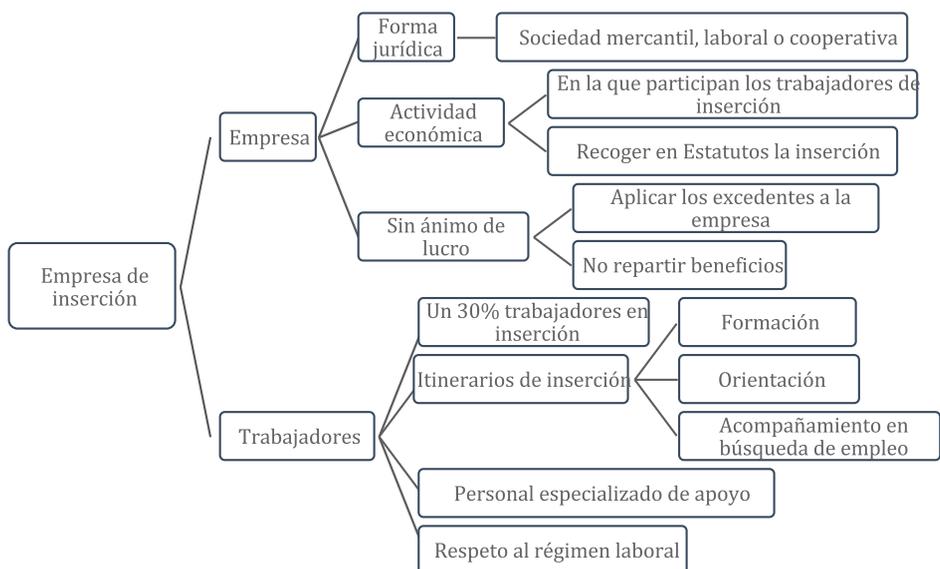
f) Disponer de personal propio especializado en la realización de las medidas personalizadas de apoyo que configuran el itinerario de inserción, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior.

g) Ajustarse al régimen laboral que corresponda atendiendo al tipo de contratación por el que se produce la incorporación de los trabajadores a la empresa y al convenio colectivo del sector.

h) Aplicar los excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y/o a la promoción de actividades relacionadas con la inserción sociolaboral, no debiendo producirse, en ningún caso, reparto de beneficios.

i) Estar al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y no tener ninguna deuda pendiente con la administración de La Generalitat o con sus organismos autónomos en el momento de solicitar la calificación.

Enumeraremos en un esquema los requisitos de las empresas de inserción de la Comunidad Valenciana:



2. La declaración de Servicios de interés Económico general de las Empresas de inserción, y su calificación como “Empresas sociales”

Las empresas de inserción fueron declaradas como “prestadoras de servicios de interés económico general” por la ley 31/2015, cuyo art. 3.1 modificó el apartado 4º al artículo 5 de la ley 4/2011, de Economía social, introduciendo dicha calificación.

De forma coordinada, el art. 4 de aquella ley modificó a su vez *la Disposición adicional 5ª de la ley de contratos del sector público*⁸, estableciendo una reserva de mercado para la contratación pública en relación con este tipo de empresas.

Estas dos declaraciones guardan un significativo paralelismo con la normativa europea de la que traen causa, ya que el paquete de 2011 sobre Ayudas de Estado en materia de servicios de interés general⁹ se aprobó en el mismo lapso de tiempo que la *Social Business initiative*¹⁰, y las Directivas sobre contratación pública, y con importantes concomitancias.

8 Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

9 El 23 de marzo de 2011 la Comisión emitió una Comunicación sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general (COM (2011) 146 final).

10 Comunicación “Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las

En efecto, las dos previsiones se encontraban en la Iniciativa por la Empresa social, entre las que se encuadran las empresas de inserción sociolaboral. La Comisión europea, en dicha Iniciativa, por «empresas sociales», entiende, en particular, aquellas:

- a) para las cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social;
- b) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social;
- c) y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión.

Y en particular, considera tales a las empresas cuyo modo de producción de los bienes o servicios persigue un objetivo de tipo social (integración social y profesional mediante el acceso al trabajo de personas desfavorecidas, sobre todo por razón de su escasa cualificación o de problemas sociales o profesionales que provocan exclusión y marginación), pero cuya actividad puede incluir bienes o servicios que no sean sociales. Así, las empresas dedicadas a la integración social son calificadas como empresas sociales por diversos autores¹¹ y organismos, como *Social Services Europe*¹².

Entre las recomendaciones que la Comisión realizaba en dicha Comunicación, nos interesa destacar las siguientes:

1. Eliminar las dificultades que estas Entidades encuentran en el marco de la contratación pública.
2. Simplificar la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios sociales y a los servicios locales.

Por otra parte, las empresas sociales se consideran una parte de la Economía social, como declara la Comunicación de la Comisión de 1 diciembre de 2021¹³, “Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social”. En este Plan se hace referencia, específicamente, en su punto 3.1., a que:

“...la Comisión propondrá en 2023 una Recomendación del Consejo sobre el desarrollo de un marco de condiciones para la economía social. En dicha Recomendación: – invitará a los responsables políticos a adaptar mejor los marcos políticos y jurídicos a las necesidades de las entidades de la economía social;

empresas sociales en el centro de la Economía y la innovación sociales”, SEC (2011) 1278 final. A su vez, está en la misma línea que la Comunicación sobre responsabilidad social de las empresas de la misma fecha (COM (2011) 681 final). Se trataría de las medidas clave 10 y 11 de dicho documento. Desde la Iniciativa en favor del emprendimiento social, el término «empresa social» se ha utilizado en una serie de textos jurídicos de la UE con fines de financiación. Véanse las definiciones del Reglamento (UE) n.º 1296/2013 relativo a un Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social; el Reglamento (UE) n.º 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos; el Reglamento (UE) 2021/1057 por el que se crea el Fondo Social Europeo Plus.

11 Comisión Europea (2020) *Las empresas sociales y sus ecosistemas en Europa. Informe comparativo*. Autores: Carlo Borzaga, Giulia Galera, Barbara Franchini, Stefania Chiomento, Rocío Nogales Muriel y Chiara Carini. EMES International Research Network, Lieja/Madrid. Disponible en <https://bit.ly/3iUg1W1>.

12 Así en particular en *Recruitment & Retention in Social Services. A report by Social Services Europe*. Jane Lethbridge (www.socialserviceseurope.eu), noviembre 2017.

13 COM (2021) 778 final

– formulará recomendaciones en relación con políticas específicas, como la política de empleo, las ayudas estatales, la contratación pública, la fiscalidad (...)”

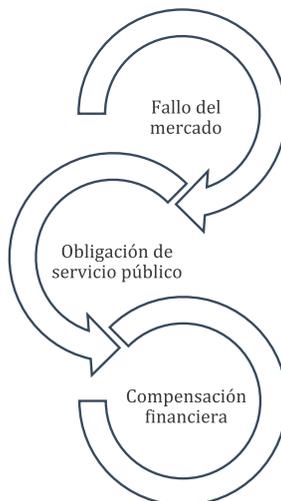


II. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN COMO PRESTADORAS DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.

1. Qué son los Servicios de interés económico general en el derecho europeo (SIEG).

¿Pero en qué consiste esa declaración de las empresas de inserción sociolaboral como prestadoras de “servicios de interés económico general” (en adelante, SIEG)? No existe una definición propiamente de los mismos en la normativa europea.

Según la Comisión, servicio de interés económico general es un concepto aplicable a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas *obligaciones de servicio público* en virtud de criterios de interés general.



A. Normativa reguladora de los SIEG

Además del art. 106.2 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea (en adelante, TFUE), al que ya hemos hecho alusión y al que luego nos referiremos más especialmente, otros preceptos regulan, fundamentalmente, estos servicios:

1. El artículo 14 del TFUE, que enfatiza la responsabilidad conjunta de la Unión y sus Estados miembros en materia de SIEG.

Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

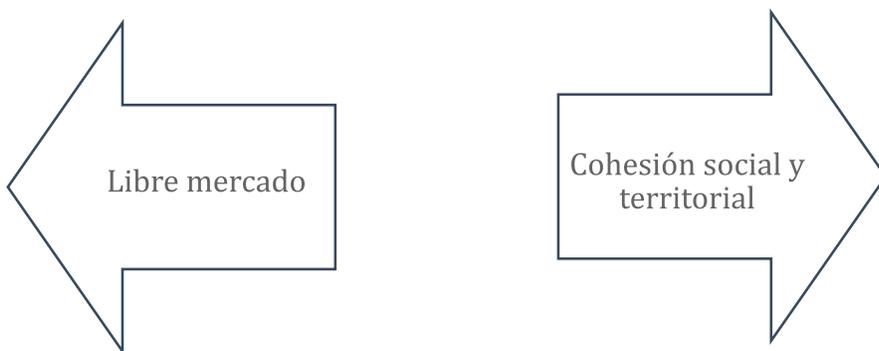
La ubicación de este precepto (antiguo artículo 16) resulta muy importante para su interpretación, ya que remueve la discusión de los servicios públicos del terreno de la competencia, y sugiere que los valores insitos en los mismos tienen la misma importancia que otros como la no discriminación, etc. Además, la referencia específica a su papel en la promoción social y la cohesión territorial indica un grado de significación jerárquica y un mandato de dirección de políticas. Esto es, incorpora una política de promoción de los servicios de interés económico general y de protección de la existencia de las condiciones que hacen posible su funcionamiento operativo.

Como indica ROSS¹⁴, la introducción de este precepto no supone una atribución de mayores competencias a los Estados, sino que supone, por un lado, una responsabilidad compartida entre la Unión y éstos en la consecución de sus mandatos y supone una cierta “comunitarización” del concepto de “servicio de interés económico general”. Concepto que, necesariamente, habrá de reconducirse a los principios, fines y objetivos de la Unión europea, tales como la cohesión económica y social, la elevación del nivel de vida de los ciudadanos, etc.

En este sentido, este mandato de promoción supone una expresión de la consagración de objetivos sociales, ya que los SIEG son instrumento de la cohesión social y de políticas sociales clave¹⁵. Pero asimismo, el precepto condiciona su aplicación a la operativa de los relativos a las reglas del mercado, con lo que incorpora en su seno la misma tensión entre objetivos sociales y de mercado que impregna todo el Tratado, habiendo sido calificado de “microcosmos” donde se refleja dicha tensión global.

14 ROSS, M. “Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?”, E.L.R. Febrero 2000, número 25, págs. 22-38. Considera que el artículo 16 no crea mayor ámbito de competencia para los Estados, sino que introduce un concepto comunitario y una protección comunitaria de los SIEG.

15 QUINTIN, O. “Social services. The need for a better understanding in order to look to the future”, Conference *Social services of General interest in the European Union- Assessing their specificities, potential and needs*, 28 y 29 junio 2004, Frankfurt.



2. El acuerdo de los Jefes de Estado y de Gobierno en un Protocolo de servicios de interés económico general (nº26) anexionado al Tratado¹⁶.

Este acuerdo enfatiza el compromiso de los Estados miembros en esa protección de los servicios de interés económico general.

Artículo 1.

Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular:

- el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;*
- la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;*
- un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.*

Artículo 2.

Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.

3. El art. 36 en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, uniendo los servicios de interés económico general con los derechos fundamentales, como instrumento de cohesión social y territorial¹⁷.

¹⁶ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/protocolo26.html

¹⁷ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

Artículo 36. Acceso a los servicios de interés económico general.

“La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.”

B. Qué son las ayudas de Estado.

Según el artículo 107, apartado 1, del TFUE, por regla general, las normas sobre ayudas estatales solo se aplican cuando el beneficiario es una «empresa». Para dicha calificación, es indiferente que una Entidad esté considerada como sin ánimo de lucro por su derecho nacional, siendo el único criterio relevante al respecto es si ejerce una actividad económica. Según el Tribunal de Justicia de la Unión europea (en adelante, TJUE), cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica¹⁸.

Este precepto regula la prohibición general de Ayudas de Estado, de la forma siguiente:

“1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”

Los elementos de la ayuda de Estado serían:

Fondos estatales	<ul style="list-style-type: none">•Subvenciones•Avales•Beneficios fiscales•Etc
Dirigido a empresas o producciones	<ul style="list-style-type: none">•Aunque no tengan ánimo de lucro• Si intervienen en el mercado•No cuando no reciben ninguna contraprestación (p. ejemplo, enseñanza pública)
Ventaja	<ul style="list-style-type: none">•Favorece su situación frente a la situación "general" de otras empresas
Selectividad	<ul style="list-style-type: none">•No se aplica a medidas generales, sólo las dirigidas a empresas o grupos de empresas
Distorsiona la competencia	<ul style="list-style-type: none">•Debe tener entidad suficiente para que haya efectos en la competencia entre empresas de distintos Estados•No ocurre en la "regla de minimis"

¹⁸ Asunto 118/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2599, apartado 7; asunto C-35/96, Comisión/Italia, Rec.1998, I-3851, apartado 36; asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, apartado 75

¿Se aplica esta previsión a las empresas de inserción sociolaboral? No olvidemos que se dirige a las “empresas”; esto es, aquellas estructuras que realizan una “actividad económica”.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación¹⁹. Este principio general tiene varias implicaciones importantes, como indica la Comunicación de la COMISIÓN relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general²⁰:

En primer lugar, el estatuto jurídico de la entidad en virtud de la legislación nacional no es decisivo. El único criterio relevante al respecto es si ejerce una actividad económica.

En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre ayudas estatales como tal no depende de si la entidad ha sido creada para generar beneficios. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, las entidades sin ánimo de lucro pueden ofrecer bienes y servicios en un mercado²¹. Cuando no sea ese el caso, naturalmente los prestadores sin ánimo de lucro permanecen totalmente fuera del control de las ayudas estatales.

En este sentido, dado que las empresas de inserción desarrollan sus actividades en el mercado, sí les sería de aplicación la normativa sobre Ayudas de Estado, y por tanto, resulta muy relevante su calificación como Servicios de interés económico general.

En efecto, para aclarar la distinción entre actividades económicas y no económicas, el Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica²².

1. Normativa de excepción de los SIEG

Pues bien, el **art. 106.2 del Tratado** establece un régimen de excepción (y mucho más favorable) para las Ayudas de Estado que sean “servicios de interés económico general”. Veamos:

“2. Las empresas encargadas de la gestión de **servicios de interés económico general** o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, **en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada**. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”

Como puede observarse, la balanza en este caso cambia: lo predominante no es ya el funcionamiento del mercado, quedando vetada cualquier ayuda a una empresa

19 Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, Rec. 2000, p. I-6451.

20 C (2011) 9404 final

21 Asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Van Landewyck, Rec. 1980, p. 3125, apartado 21; asunto C-244/94, FFSA y otros, Rec. 1995, p. I-4013; asunto C-49/07, MOTOE, Rec. 2008, p. I-4863, apartados 27 y 28.

22 Asunto 118/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2599, apartado 7; asunto C-35/96, Comisión/Italia, Rec.1998, I-3851, apartado 36; asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, apartado 75.

que pueda distorsionarlo, sino la prestación del servicio. Se establece un límite a las posibles ayudas: que no quede afectado el mercado (los intercambios) en una forma contraria al interés de la Unión.

Del artículo 106, apartado 2, del TFUE se desprende que las empresas encargadas de la gestión de SIEG son empresas a las que se ha encomendado «una misión específica» y se someten a las normas sobre competencia y ayudas de Estado. En términos generales, el encargo de una «misión específica de servicio público» implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones. Para que algunos servicios de interés económico general funcionen con arreglo a principios de interés colectivo, y en condiciones que les permitan cumplir su cometido, puede resultar necesario un apoyo financiero del Estado que asuma total o parcialmente los costes específicos derivados de las obligaciones de servicio público. De ahí la regla más permisiva para las ayudas a empresas que desarrollan estas actividades.

2. Jurisprudencia

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado, en primer lugar, que la definición de qué servicios cumplan un interés general depende de los Estados, definición que sólo estará sujeta a un control de los errores manifiestos²³. Esta definición es la que ha hecho el legislador español en el art. 5.4 de la ley de Economía social, acerca de las empresas de inserción sociolaboral.

Dado que se someten a este control sobre errores manifiestos, el Tribunal de Justicia también ha aclarado que, a efectos del artículo 106, apartado 2, del TFUE, los Estados no son del todo libres en esa calificación, ya que no toda actividad económica puede ser considerada SIEG. En cualquier caso «la actividad ha de ser de interés económico general y poseer características específicas respecto al de otras actividades económicas»²⁴. Asimismo, ha establecido que los SIEG son servicios que presentan caracteres específicos con respecto a los que revisten otras actividades de la vida económica²⁵, en que los Estados miembros supeditan a determinadas obligaciones de servicio público siguiendo un criterio de interés general²⁶. Así que la discrecionalidad de los Estados miembros para definir SIEG está supeditada a verificación por parte de la Comisión (que a su vez será supervisada por los Tribunales²⁷), que comprueba que no existe error manifiesto.

23 En particular, la STPI de 27.02.1997, FFSA Asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 192.

24 Asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, Rec. 1991, p. I-5889, apartado 27; asunto C-242/95, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, Rec. 1997, p. I-4449, apartado 53 y asunto C-266/96, *Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl y Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Rec. 1998, p. I-3949, apartado 45.

25 TJCE, sentencias de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, asunto C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, apartado 27, de 17 de julio de 1997, *GT-Link A/S*, asunto C-242/95, apartado 53, y de 18 de junio de 1998, asunto C-266/96, *Corsica Ferries France S.A.*, Rec. 1998, p. I-3949, apartado 45.

26 Véase el asunto T-289/03, *BUPA/Comisión*, Rec. 2008, p. II-81, apartados 166, 169 y 172.

27 Véase el asunto T-17/02, *Fred Olsen/Comisión*, Rec. 2005, p. II-2031; asunto T-289/03, *BUPA/Comisión*, Rec. 2008, p. II-81, apartado 13; asunto T-309/03, *BUPA/Comisión*, Rec. 2008, p. II-2935, apartado 95.

¿Cómo debe hacerse dicha atribución o calificación?

Tradicionalmente, el acto de atribución de SIEG se realizaba en concreto, para cada ayuda. Sin embargo, el TJUE dictaminó en el caso *Bupa*²⁸, que el acto de atribución puede derivarse de reglas de carácter general, como sería el caso de las empresas de inserción sociolaboral, como hemos visto. Por lo tanto, esta calificación legal serviría para que la Administración pública estatal, autonómica o local, pudieran prestar dicha ayuda (subvención, beneficio fiscal, etc) con la seguridad de que en estos casos se aplica la normativa europea de SIEG.

En la actualidad, resulta pacífico que el “acto de atribución” puede hacerse a través de una medida legislativa, como pone de manifiesto el punto 52 de la Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general²⁹, que además enumera los elementos necesarios en el contenido del mismo:

La misión de servicio público debe atribuirse mediante un acto que, dependiendo de la legislación del Estado miembro, puede revestir la forma de un instrumento legislativo o regulador o de un contrato. Puede también establecerse en varios actos.

Basándose en el enfoque adoptado por la Comisión en tales casos, el acto o serie de actos deben especificar como mínimo:

- a) el contenido y la duración de las obligaciones de servicio público;*
- b) la empresa interesada y, si procede, el territorio afectado;*
- c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad en cuestión;*
- d) los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación; y*
- e) las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas.*

Por otra parte, la Jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la propia existencia de una ayuda de Estado en los casos de los Servicios de interés económico general. En efecto, hay que determinar si existe una ayuda o ventaja, porque si no, no se aplicará el régimen de Ayudas de Estado, ni siquiera el de servicios de interés económico general.

Respecto de la **existencia o no de ayuda**, dos elementos hay que tener en cuenta, si hay o no ventaja, por un lado, y si hay o no distorsión de la competencia, de otro:

- a) ¿Cabe hablar de ventaja cuando se está compensando un coste *impuesto* por el Estado? En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia ha considerado, que no serían ayuda de Estado las compensaciones realizadas a las empresas encargadas de los SIEG que no excedieran de los costes adicionales que les suponen las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado. Esta es la esencia de la doctrina del Tribunal emitida en la Sentencia *Altmark Trans GMBH*³⁰. Doctrina confirmada por la Sentencia *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001³¹.

28 Caso T-289/03.

29 Bruselas, 20.12.2011, C (2011) 9404 final.

30 Sentencia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00.

31 Asunto C-53/00

En esta última Sentencia, el Tribunal estableció las **condiciones** necesarias para que las compensaciones por servicio público no constituyan ayudas estatales:

- (1) Existencia de una obligación de servicio público,
- (2) Acto de atribución de dicha obligación por parte de la Administración pública, donde ésta quede claramente definida.
 - a) En dicho acto deben fijarse los parámetros de la compensación.
 - b) Si dicho acto no es un acto de contratación pública competitivo, la compensación debe calcularse sobre los costes de una empresa “media”.
- (3) La compensación no debe superar el importe de los gastos necesarios para cumplir la obligación de servicio público.
 - b) ¿Hay distorsión de la competencia? La falta de importancia económica de determinadas ayudas constituye un indicio de que la distorsión del mercado, de producirse, será poco importante: ésta es la base de la regulación *de minimis*, que exonera del régimen de ayudas de Estado a las ayudas por debajo de un umbral determinado (200.000 euros)³². En efecto, si se cumplen las condiciones de dicho Reglamento³³, esa ayuda no constituye ayuda estatal, según lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE y no debe notificarse a la Comisión. Ahora bien, según la Comisión, el límite para las ayudas a servicios sociales puede ser diferente del límite general *de minimis* establecido en el Reglamento 1998/2006. Esta es la razón de la introducción de un nuevo Reglamento que contiene normas específicas *de minimis* para las empresas que prestan servicios sociales de interés económico general, emitido en abril de 2012³⁴, y que veremos más adelante.

Como consecuencia, las ayudas financieras que cumplan los requisitos de esta Sentencia no constituyen ayuda de Estado (por tanto, no se produce el elemento de “ventaja” del art. 107.1 del Tratado), y no deben siquiera notificarse. Y aquellas que no lleguen al límite “de minimis”, tampoco. Ahora bien, ello no excluye que la ayuda que no cumpla dichas condiciones pueda ser considerada SIEG y consiguientemente, sometida al régimen del art. 106.2. Entramos ahora en ello.

2. Qué se consideran servicios sociales de interés económico general (SSIEG) y aplicación a las empresas de inserción

Tampoco en este caso el TFUE ni el Derecho derivado de la Unión definen el concepto (SSIG). La Comunicación de la Comisión «Aplicación del programa comunitario de Lisboa - Servicios sociales de interés general en la Unión Europea», de 2006³⁵ identificó, más allá de los servicios de salud y de previsión social, propiamente dichos, los demás *servicios esenciales prestados directamente a la persona*, entre los que se incluyen los de inserción en el mercado laboral (formación o reinserción profesional).

32 Reglamento (CE) N° 1998/2006, de 15 de diciembre.

33 Reglamento (CE) n° 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis, DO L 379 de 28.12.2006.

34 Reglamento n° 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general.

35 COM (2006) 177 final, de 26.4.2006.

Esta doctrina fue confirmada por la Comunicación «Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo», de 2007³⁶, y se ha mantenido en actos posteriores, como en la Guía de 2013 sobre la aplicación de las reglas de Ayudas de Estado y contratación pública a los SIEG, y en particular, a los servicios sociales³⁷.

La aplicación de la calificación de Servicio social de interés económico general a las empresas de inserción se manifiesta asimismo en recientes actos de la Comisión. Más concretamente, la Comisión, en la Comunicación de la Comisión de 1 diciembre de 2021³⁸, “Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social”, recomienda el uso de la declaración de Servicios de interés económico general para las empresas de integración social, al indicar que:

(punto 3.2) “...las normas vigentes de la UE relacionadas con servicios de interés económico general (SIEG) ofrecen posibilidades considerables de ayuda estatal. Las únicas entidades que pueden beneficiarse de esta flexibilidad son aquellas a las que se les ha encomendado una misión específica, es decir, SIEG. Sin embargo, las autoridades públicas no siempre aprovechan plenamente esta posibilidad, por ejemplo, en relación con las actividades de las empresas sociales dedicadas a la oferta de trabajo para las personas vulnerables (...) La Comisión pide a los Estados miembros que hagan un mejor uso de su margen de discrecionalidad al definir un SIEG cuando resulte apropiado, con el fin de permitir la inclusión de las actividades llevadas a cabo por empresas sociales que puedan acogerse a la ayuda.”

Por lo tanto, la calificación realizada por la ley española contaría con el beneplácito de la Comisión, en la realización de su competencia de verificación.

36 COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007

37 SWD (2013) 53 final/2

38 COM (2021) 778 final

III. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN.

La declaración de las empresas de inserción como prestadoras de servicios de interés económico general (sociales) tendría un impacto directo en la situación de estas empresas a efectos de las eventuales ayudas que pudieran recibir de las Entidades públicas, sean las mismas en forma de subvenciones, avales, o beneficios fiscales.

También tendrían efecto en cuanto a la legitimidad de ciertas especialidades en materia de contratación pública³⁹ ya que se basan en la misma justificación⁴⁰. Y así puede observarse en la DIRECTIVA 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014⁴¹, que está en el origen de la reserva de contratos para las empresas de inserción⁴², y que establece un límite específico para su aplicación a los servicios sociales⁴³.

Debe tenerse en cuenta que esta declaración supondría para las empresas de inserción la calificación de que su actividad es de “interés general”, lo que ayudaría a

39 Véase DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, de 29.4.2013 SWD (2013) 53 final/2.

40 Véase Commission, Commission Staff Working Document. Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest. Accompanying document to the Communication on ‘Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment,’ SEC(2007) 1514; and Commission, *Communication from the Commission. Implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union*, COM(2006) 177.

41 Véase art. 1.4. La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo no 26.

42 **Artículo 20. Contratos reservados.** 1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. Véase el apartado correspondiente a los contratos reservados en este Informe.

43 Véase art. 4º y Anexo XIV de la Directiva.

justificar la aplicación de dichas cláusulas. Amén de que la razón justificadora de la declaración y del establecimiento de la reserva de mercado sería la misma, como vimos al principio de este informe, indicando su común inclusión en la Iniciativa sobre Empresa social.

Centrándonos ahora en las ayudas públicas, veamos su marco jurídico.

a). El paquete normativo de Servicios de interés económico general

La Comisión adoptó el 23 de marzo de 2011 una Comunicación sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general (COM (2011) 146 final, donde anunciaba un paquete de medidas de reforma del régimen de los SIEG.

El paquete de medidas consiste en:

- 1) La Comunicación de la Comisión de 20.12.2011 (C (2011) 9404 final) relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general.

En ella se aclaran conceptos básicos sobre ayudas estatales, relativos a los SIEG, como las nociones de ayuda, SIEG, actividad económica, ausencia de ayuda, etc.

2) Reglamento de minimis dirigido a los servicios de interés económico general.

Se establece un **umbral específico** de minimis, en el Reglamento nº 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, superior al Reglamento de minimis general⁴⁴.

- 3) La Decisión de la Comisión de 20 de Diciembre de 2011⁴⁵.

En ella se establecen las condiciones de compatibilidad de las compensaciones SIEG. Las ayudas que cumplan estas condiciones son compatibles automáticamente, y el Estado miembro no tiene obligación de notificarlas previamente a la Comisión⁴⁶.

- 4) El "Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011)"⁴⁷.

Respecto de las ayudas que no puedan enmarcarse en la Decisión, la evaluación de si son compatibles o no, deberá realizarse caso por caso, mediante una ponderación del fin de interés general conseguido y la distorsión de la competencia producida, en los términos del art. 106.2. En dicho Marco se establecen los requisitos para la calificación de compatibilidad de las ayudas, en un juicio de "razonabilidad" de la misma.

Estos requisitos son:

- Constituir un auténtico SIEG, según el concepto jurisprudencial y de la Comunicación de 2011,

⁴⁴ REGLAMENTO (UE) N o 1407/2013 DE LA COMISIÓN de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis.

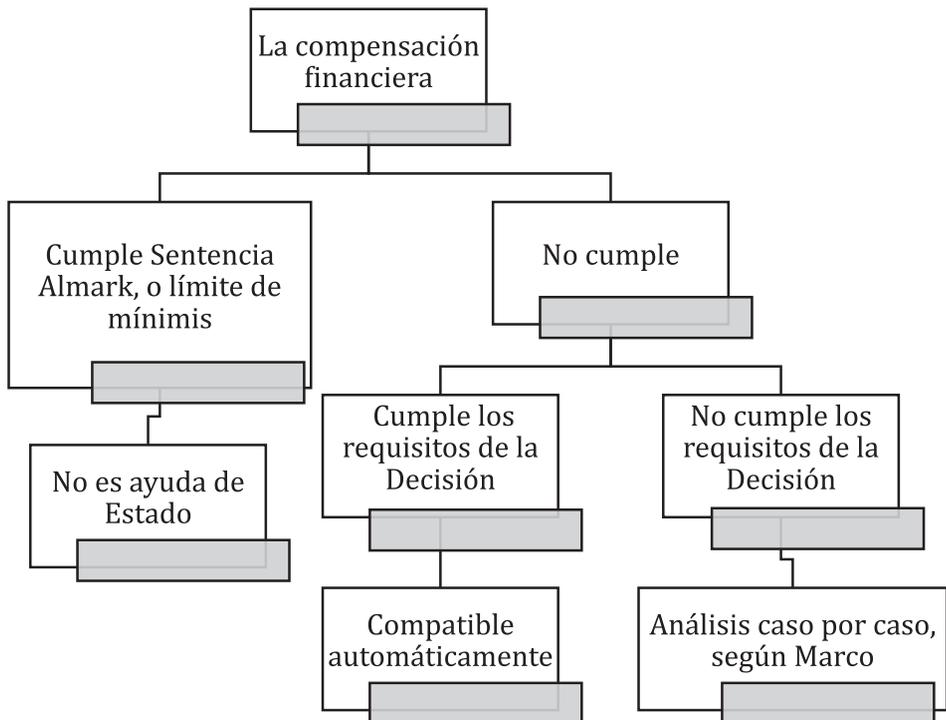
⁴⁵ Relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (C(2011) 9380)

⁴⁶ Esta notificación se prevé en general, para todas las Ayudas de Estado, para posibilitar que la Comisión juzgue sobre su compatibilidad o no.

⁴⁷ (2012/C 8/03).

- Existencia de un acto de atribución,
- Cumplimiento de la normativa sobre transparencia y contratación pública, así como de requisitos adicionales de transparencia,
- Razonabilidad de la duración y del importe de la compensación, en relación con las cargas que acarrea la “obligación de servicio público”.

Veamos un esquema del funcionamiento de este paquete de medidas:



La combinación de esta Decisión con la regla *de minimis*, podría suponer la exención de notificación de ayudas de Estado por parte de los Estados de la práctica totalidad de las ayudas estatales relacionadas con la inserción sociolaboral.⁴⁸ En la práctica, esto supone que las Administraciones públicas españolas no tienen realmente un techo para las ayudas a las empresas de inserción cuando se cumplen los requisitos de la Decisión.

48 Con esta Decisión la Comisión habría seguido el criterio sugerido por el Parlamento europeo en el Proyecto de informe del Parlamento europeo sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general (2011/2146(INI)), en relación con los servicios sociales que estuvieran territorialmente limitados. También era ése el parecer del Comité de las Regiones, expresado en su Dictamen sobre «La reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general (2011/C 259/08)

Veamos con más detalle el ámbito y forma de aplicación del Reglamento y la Decisión.

b) *Reglamento “de minimis”: inexistencia de ayuda.*

La regla de más sencilla aplicación es la regla “de minimis” específica para los servicios de interés económico general, que implica que la ayuda no supera un límite cuantitativo concreto.

a) Límite

Este límite sería de 500.000 euros (a diferencia del general, fijado en 200.000 euros) **durante tres ejercicios fiscales**, entendiendo por tales los determinados por el Estado.

Consideramos que debe entenderse que se trata del período de 12 meses como máximo que establece el art. 27 de la ley 27/2014, para el período impositivo del impuesto sobre Sociedades. En efecto, el Reglamento señala:

Los años que se deben contabilizar para determinar si se respeta dicho umbral son los ejercicios fiscales según lo utilizado a efectos impositivos por la empresa en el Estado miembro correspondiente.

Y dado que las empresas de inserción se someten al Impuesto sobre Sociedades, consideramos que es éste el “ejercicio fiscal”. Recordemos que, según la ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, tal y como lo dispone su art. 29, será:

Artículo 27. Período impositivo.

1. *El período impositivo coincidirá con el ejercicio económico de la entidad.*

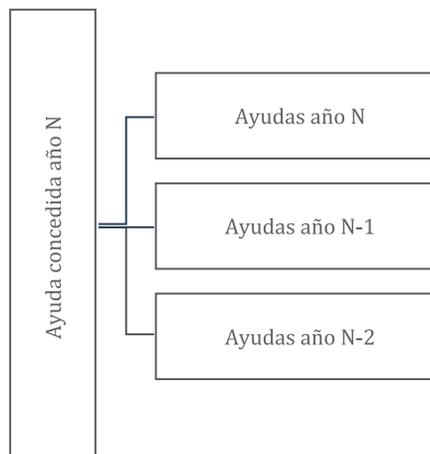
(...)

3. *El período impositivo no excederá de 12 meses.*

Este límite viene referido a la empresa, para el conjunto de ayudas estatales percibidas, con lo que deberá prestar una declaración relativa a si ha disfrutado de cualquier otra ayuda *de minimis* durante los dos ejercicios fiscales anteriores⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta la **forma de cálculo** de la ayuda en estos tres años fiscales. En efecto, este período debe “recalcularse” para cada ayuda, con lo que cada *“para cada nueva subvención con ayuda de minimis, será necesario determinar el importe total de ayuda de minimis concedida en el ejercicio fiscal en cuestión, así como durante los dos ejercicios fiscales anteriores.”* El reglamento establece expresamente que también se computarán las subvenciones que deriven total o parcialmente de la propia Unión Europea.

⁴⁹ Art. 2.8 Reglamento.



A estos efectos, debe considerarse que la ayuda *de minimis* se concede en el momento en que se confiere a la empresa de inserción el derecho legal a recibir la ayuda en virtud del régimen jurídico nacional aplicable. Es decir, en el momento de la resolución de concesión.

b) Requisitos

Además, deben cumplirse ciertos requisitos:

En primer lugar, **el acto de atribución de la obligación de servicio de interés general debe ser escrito**, requisito que se cumpliría ya con la calificación como “prestadoras de servicios de interés general”, en coordinación con el régimen jurídico establecido para la calificación como empresa de inserción en la ley 44/2007 y normativa autonómica. Acto que, en el caso de subvenciones, además, se formalizará en la convocatoria de las mismas.

El propio Reglamento ya aclara que para la aplicación de este régimen no es necesario que el acto de atribución incluya todas las menciones que sí serán inevitables cuando quiera aplicarse la Decisión (en cuyo caso, se supera la cuantía “de minimis”).

En el acto concreto de concesión, la Administración pública debe informar por escrito de (art. 3):

- el importe concreto de la ayuda en términos de equivalente bruto de subvención, o si se trata de un régimen de ayudas, bastará con que se indique del importe máximo de ayudas,

Asimismo, en la concesión, se debe informar a la empresa del importe de la ayuda y de su carácter *de minimis* haciendo referencia al presente Reglamento. Además, antes de dicha concesión la Administración debe recibir de la empresa una declaración sobre las otras ayudas *de minimis* cubiertas por el Reglamento o bien por otro reglamento *de minimis* recibidas durante el ejercicio fiscal en cuestión y los dos ejercicios fiscales anteriores.

- el SIEG concreto de que se trate (inserción sociolaboral)

- Su carácter de ayuda “de minimis”, citando expresamente el Reglamento.

Por otra parte, deben tenerse que el reglamento sólo sirve para ayudas de menor importe a su límite: si hay exceso, no podrá aplicarse hasta 500.000 euros, sino que no podrá aplicarse la regla “de minimis”.

En segundo lugar, es necesario **que la ayuda sea “transparente”**; esto es, que sea posible calcular su equivalente a una subvención monetaria en el caso de que no se trate de este tipo de ayuda. El art. 2.4 del Reglamento de minimis para SIEG, 306/2012, establece reglas específicas para determinar cuando son transparentes las ayudas consistentes en préstamos, aportaciones de capital, garantías, etc. Este requisito es idéntico al del régimen común “de minimis”, y se establece para permitir verificar que no se ha superado el techo máximo de subvención.

Debe tenerse en cuenta que este requisito generaría dificultades para que se aplique este régimen a las ayudas de carácter fiscal, ya que en éstas puede resultar difícil calcular el “equivalente bruto de subvención” para considerar que la ayuda es “transparente”. Volveremos sobre este punto más adelante.

En conclusión, las subvenciones inferiores al importe del techo “de minimis” estarán, de forma prácticamente automática, fuera del campo del concepto de ayuda de Estado. Las ayudas en forma distinta a la subvención, deberán expresar su importe “equivalente bruto de subvención”, lo que ciertamente será más complicado en el ámbito de los beneficios fiscales.

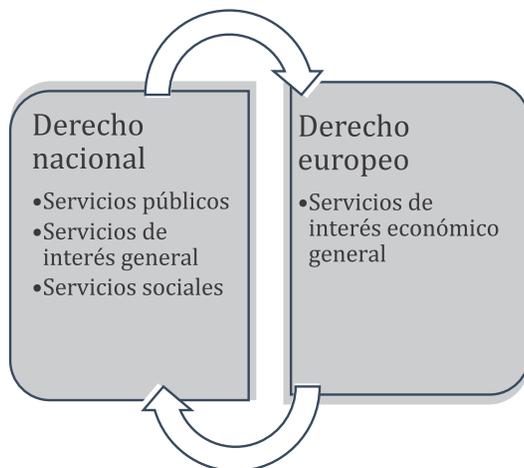
b. La Decisión de compatibilidad de las ayudas.

La primera cuestión que podríamos plantearnos es la aplicación de la Decisión a las actividades de las empresas de inserción sociolaboral. En efecto, el artículo segundo de esta norma nos habla de que:

La presente Decisión se aplicará a las ayudas estatales en forma de compensaciones por servicio público concedidas a empresas de servicios de interés económico general (...)

Como se ha indicado por la doctrina más reciente, el concepto de “servicio público” que se maneja en el ámbito del Derecho europeo no se define por su carácter subjetivo, de servicio de competencia pública, sino que se objetiva, y se relaciona con la actividad, haciéndose equivalente al de servicio de interés general que requiera de una regulación pública específica⁵⁰.

⁵⁰ Josep Ramon Fuentes Gasó, “On public service and service of general economic interest: a conceptual approach”, REVISTA DE DIREITO ECONÓMICO E SOCIOAMBIENTAL vol. 12 | n. 2 | maio/agosto 2021.



La Comisión, en su Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general⁵¹ (punto 47), explica que:

En términos generales, el encargo de una «misión específica de servicio público» implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones⁷⁹. Aplicando un criterio de interés general, los Estados miembros o la Unión pueden vincular obligaciones específicas a dichos servicios.

En este mismo art. 2º, posteriormente, la Decisión delimita en concreto el ámbito de aplicación de su régimen de compatibilidad automática, estableciendo, en algunos casos, límites cuantitativos. Sin embargo, no establece dichos límites en el supuesto contemplado en su letra c)

- a) *compensación por la prestación de servicios de interés económico general que atiendan necesidades sociales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables;*

Dado que la Decisión de 20 de Diciembre de 2011 considera compatibles, sin límites cuantitativos, las ayudas estatales en forma de “compensación por servicio público” concedidas a algunas empresas encargadas de la “gestión de servicios de interés económico general”, y en particular, las que atiendan necesidades sociales de “acceso a la reintegración en el mercado laboral”, y a la “protección e inclusión social de grupos vulnerables”, y teniendo en cuenta el objeto social de las empresas de inserción, cabe deducir que las ayudas a estas empresas serán susceptibles de ser calificadas de compatibles de forma automática, sin que exista un tope máximo, como en el caso

51 20.12.2011 C (2011) 9404 final.

del Reglamento “de minimis”, lo que permite ayudas más importante en este terreno.

Según la Comisión:

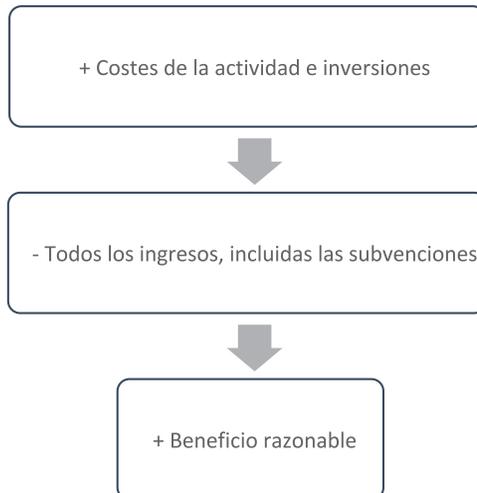
“...un SIEG de inserción social y profesional o de formación profesional definido como tal por el Estado y encomendado a una empresa por éste, puede entrar en el ámbito de aplicación de la Decisión, siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas.”

Por lo tanto, estas ayudas, en cuanto que destinadas a las actividades propias de estas empresas no requerirán tampoco notificación a la Comisión europea, sino que estarán exentas de dicha obligación, siempre que se cumplieran el resto de requisitos. Estos requisitos son:

a) Al igual que hemos visto antes, debe haber **acto expreso de atribución** que en estos casos incorpora algunas menciones más respecto de lo que se requiere en el caso de la exención “de minimis”, y en concreto:

- a) *el contenido y la duración de las obligaciones de servicio público;*
- b) *las empresas afectadas y, si procede, el territorio afectado;*
- c) *la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad otorgante;*
- d) *una descripción del mecanismo de compensación y los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación;*
- e) *las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas, y*
- f) *una referencia a la propia Decisión.*

b) El **importe de la ayuda no debe superar el coste neto de la actividad concreta** para la que se establece la ayuda (y en la que se supone que hay un coste superior al de una empresa que no fuera de inserción, de ahí la existencia de un “servicio de interés económico general”). Este coste neto, tal y como lo define el art. 5.3 de la Decisión, será la diferencia entre los costes incurridos en concepto de funcionamiento de la empresa o actividad concreta y los ingresos derivados del mismo, más un beneficio razonable.

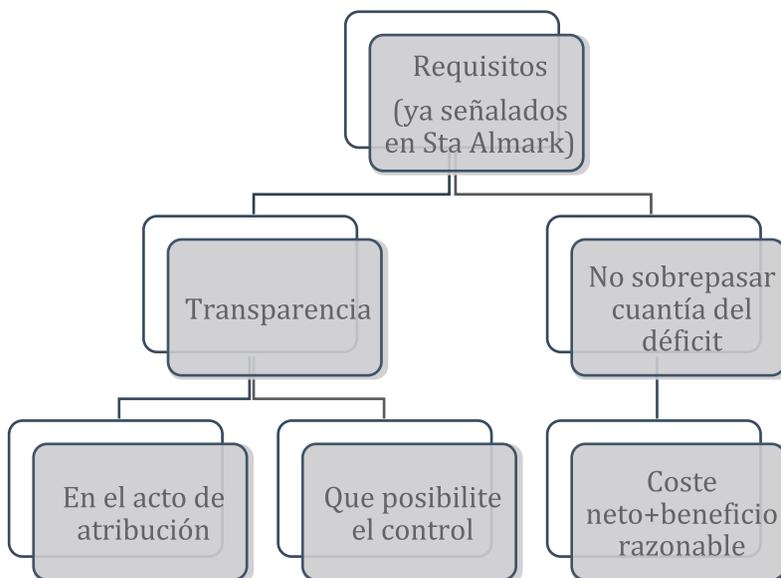


Se entiende por beneficio razonable:

“...el coeficiente de rendimiento del capital que requeriría una empresa media que estuviera considerando prestar el servicio a lo largo de la duración de la ayuda, teniendo en cuenta el nivel de riesgo”.

Teniendo en cuenta que, para determinarlo, los Estados miembros podrán introducir criterios incentivadores, relativos, en particular, a la calidad del servicio prestado y al incremento de la eficiencia productiva. Esto es, que la ayuda puede modularse en función de estos objetivos. Por lo tanto, la Orden de Ayudas deberá contener elementos de cálculo tendentes a asegurarse de que no se supera dicho importe, así como mecanismos de control de que tal efecto no se ha producido, y de devolución, en su caso, del exceso.

En todo caso, si el importe de las ayudas superara el límite “de minimis”, no podría el exceso someterse a este régimen de la Decisión, sino que debería ser la totalidad de la ayuda que excediera dicho límite, como hemos visto, y según el apartado 5 del art. 2 del Reglamento 360/2012.



2 Aspectos fiscales de las empresas de inserción: labores que puede realizar la CCAA.

Hemos visto al tratar los efectos de la declaración de servicio de interés económico general, cómo la aplicación de la regla de “ayuda transparente” podría hacer muy difícil el establecimiento de beneficios fiscales aplicando la regla “de minimis” o la Decisión sobre SIEG. Sin embargo, lo cierto es que dicha declaración, y su reconocimiento a nivel de las instituciones europeas, legitiman y justifican que no se grave a estas empresas en la misma forma en que tributan empresas con ánimo de lucro y que no prestan este tipo de servicios de interés económico general.

a. Situación actual en la tributación estatal

Pues bien, como indica BONET, lo primero que hay que señalar es la inexistencia de un régimen tributario específico para las empresas de inserción, con lo que a estas empresas se les aplicarán los mismos impuestos que al resto, en función de las distintas etapas de su vida social, y de la forma societaria adoptada. No sólo no disfrutaban de un régimen específico, sino que tampoco lo hacen de ninguna especialidad en los distintos tributos que gravan a las empresas.

Así, en el Impuesto sobre Sociedades, las empresas de inserción tributarán en función de su forma jurídica: si se trata de cooperativas, por el régimen establecido en la ley 20/1990; si en cambio, tienen forma de sociedad mercantil, les será de aplicación el régimen general regulado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, o cualquiera de los regímenes especiales allí contemplados.

En particular, normalmente les será de aplicación el régimen de Empresas de reducida dimensión contemplado en el Capítulo XI del Título VII. Asimismo, podría plantearse que se sometieran al régimen especial de Entidades parcialmente exentas contemplado en el Capítulo XIV del mismo título.

En el Impuesto sobre el Valor Añadido, no les será de aplicación, en principio y por su carácter de empresa de inserción, el régimen de exención de sus actividades, ya que, aunque el art. 20. Uno. 8º de la LIVA prevé la exención para actividades de "asistencia social" efectuadas por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social, y consistentes en (entre otras):

j) Reinserción social y prevención de la delincuencia.

Lo cierto es que la actividad empresarial desarrollada por la empresa, y dirigida a terceros, que constituye el hecho imponible del impuesto, no es la asistencia social, sino otra, que no tiene por qué estar exenta del impuesto. La actividad de inserción se da en los inputs de la empresa (en el factor trabajo), pero no en los outputs u operaciones sujetas al impuesto.

Tampoco se plantea ninguna especialidad (salvo para las cooperativas, por su carácter de tales, no de empresas de inserción) en el ámbito de los tributos locales, o del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados.

Por otra parte, a las empresas de inserción no se les aplica el régimen previsto en la ley 49/2002, ya que, en primer lugar, no están incluidos en el listado realizado en el art. 2 de dicha ley, que sólo contempla Asociaciones de utilidad pública y Fundaciones, así como otras Entidades singulares, con lo que no disfrutaban ni de su régimen fiscal especial, ni del régimen de mecenazgo por las donaciones que pudieran recibir de particulares o empresas.

b Posible introducción de medidas fiscales de competencia autonómica.

El art. 17 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas otorga a las Comunidades autónomas competencias

normativas en la regulación de deducciones en el IRPF. Dicha potestad, en lo que respecta a las deducciones por mecenazgo, se ve reflejada en la Ley 20/2018, de 25 de julio, del mecenazgo cultural, científico y deportivo no profesional en la Comunitat Valenciana, que introdujo una letra s) en el art. 4ª de la ley 13/1997 de la Generalitat Valenciana, donde se contemplan incentivos para las donaciones o cesiones de uso para fines de carácter cultural, científico o deportivo no profesional, con el texto siguiente:

s) Por donaciones o cesiones de uso o comodatos para otros fines de carácter cultural, científico o deportivo no profesional:

1) Se establece una deducción del 25 por ciento de las cuantías en que se valoren las donaciones o los préstamos de uso o comodato efectuadas a proyectos o actividades culturales, científicas o deportivas no profesionales declarados o considerados de interés social, distintas a las descritas en las letras q) y r), realizadas a favor de las personas y entidades beneficiarias del artículo 3 de la Ley 20/2018, de 25 de julio, del mecenazgo cultural, científico y deportivo no profesional en la Comunitat Valenciana.

No obstante, en el caso de que el contribuyente se aplique la deducción prevista en la letra a) del apartado 3 del artículo 68 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los primeros 150 euros del valor de la donación disfrutarán de una deducción del 20 por ciento.

Asimismo, en su letra z) se contemplan incentivos para las aportaciones a sociedades mercantiles, laborales y cooperativas, con determinados requisitos:

z) 1. Los contribuyentes podrán deducir en la cuota íntegra autonómica, y con límite de 6.000 euros, el 30 % de las cantidades invertidas durante el ejercicio en la suscripción y desembolso de acciones o participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución o de ampliación de capital de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y sociedades laborales o de aportaciones voluntarias u obligatorias efectuadas por los socios a las sociedades cooperativas (...)

Los socios personas físicas de las empresas de inserción podrán acogerse a esta última deducción.

Sin embargo, no existe actualmente la previsión de incentivar el mecenazgo para este tipo de Entidades por parte de la Comunidad Autónoma, lo cual es especialmente grave, dado que tampoco existe previsión en la normativa estatal, que como hemos indicado, regula el régimen fiscal del mecenazgo en el art. 19 de la ley 49/2002, que no las contempla como destinatarias de las donaciones incentivadas (art 2). Lo mismo ocurre con el art. 68.3 de la ley 35/2006 reguladora del IRPF, que sólo contempla deducciones para los donativos a Fundaciones, Asociaciones de utilidad pública, Partidos Políticos, Federaciones, Coaliciones o Agrupaciones de Electores. Debemos recordar que en el caso de las empresas de inserción, se trata de Entidades sin ánimo de lucro que se consideran, tanto a nivel europeo como nacional y autonómico, prestadoras de servicios de interés económico general.

Se propondría, por tanto, incluir un tercer párrafo al número 1 de la letra s) del siguiente tenor:

La misma deducción será aplicable en el caso de que el beneficiario sea una empresa de inserción calificada como tal, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 1/2007, de 5 de febrero, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana.

c. Difusión de las posibilidades en el ámbito local

La Generalitat valenciana no tendría competencias para introducir bonificaciones en los tributos locales, según la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Sin embargo, sí podría contribuir a la difusión, entre las Corporaciones locales, de aquellas bonificaciones potestativas que éstas pueden establecer y que resultarían útiles para las empresas de inserción.

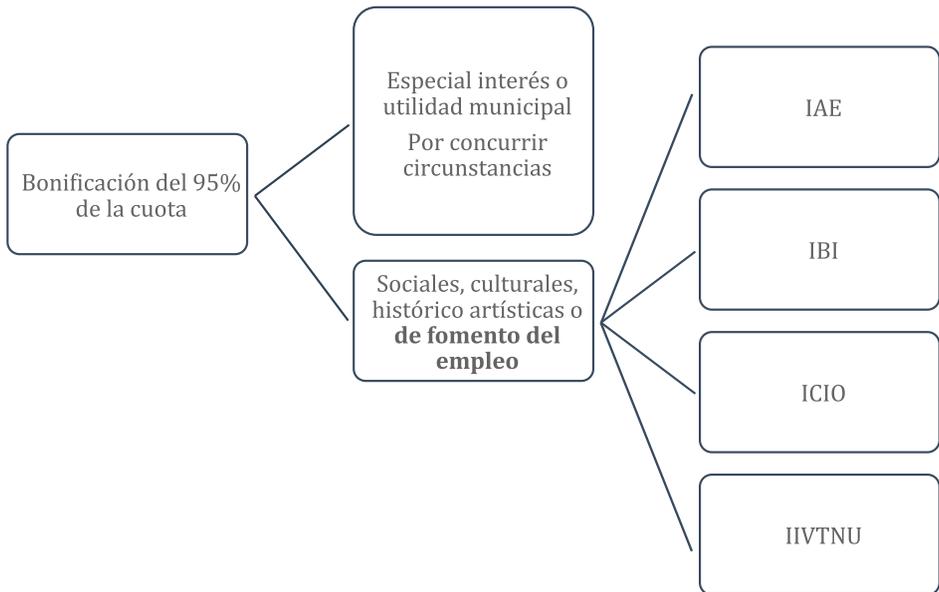
Dado que en este momento, las empresas de inserción socio laboral no forman parte de las Entidades comprendidas en el campo de aplicación de la ley 49/2002, como hemos visto, no se les aplican las exenciones fiscales previstos en dicha ley para los impuestos municipales sobre Bienes inmuebles, Actividades económicas e Incremento de valor de los terrenos (art. 15 Ley 49/2002).

Ahora bien, incluso sin dicha inclusión, con el régimen legal actual, en cada corporación local, se podrían establecer bonificaciones de hasta el 95% en la cuota en el Impuesto sobre Bienes inmuebles (en adelante, IBI) en el Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE), en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (en adelante, ICIO), y en el Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, IMIVTNU).

En efecto, las Leyes 16/2012 de 27 de diciembre, y la ley 16/2013, de 29 de octubre, modificando el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, crearon nuevas bonificaciones potestativas de hasta el 95% sobre las cuotas del IBI, IAE y IMIVTNU, en los casos en que "...exista diferente vinculación con actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias **sociales**, culturales, histórico artísticas o de **fomento del empleo** que justifiquen tal declaración". Aunque el origen de estas bonificaciones fuera atraer inversiones millonarias a determinados municipios⁵², se pueden utilizar, una vez reguladas, para tratar de forma adecuada a empresas que realizan actividades de interés general, como las empresas de inserción. Al respecto hay que señalar que con anterioridad a estas dos reformas, la LHL ya recogía una bonificación casi idéntica en el ICIO, en su art. 103.2, que ha generado ya suficiente doctrina, que consideramos extensible *mutatis mutandis* al funcionamiento de las nuevas bonificaciones,

52 En efecto, la Ley 16/2012 ha recibido coloquialmente el sobrenombre de "Ley Adelson" porque recoge en su articulado algunas de las condiciones que el magnate Sheldon Adelson habría impuesto para el establecimiento del proyecto Eurovegas en nuestro país. Entre ellas podemos situar, sin duda, acceder a estas bonificaciones en los elevados impuestos municipales que debería afrontar su macrocomplejo de ocio (principalmente IBI e IAE).

La bonificación es **potestativa** para el Ayuntamiento: esto es, la norma le da permiso para establecerla, pero puede no hacerlo. En el caso de que sí quiera hacerlo, deberá recogerse en la correspondiente Ordenanza fiscal. Además de potestativa, la bonificación se define en la norma como **rogada**; por lo que la empresa de inserción deberá solicitarla al Ayuntamiento, sin que éste deba aplicarla de oficio.



A. Regulación de la bonificación.

En el **Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras**, la bonificación está recogida en el art. 103.2 TRLHL:

Artículo 103. Gestión tributaria del impuesto. (...)

2. Las ordenanzas fiscales podrán regular las siguientes bonificaciones sobre la cuota del impuesto:

a) Una bonificación de hasta el 95 por ciento a favor de las construcciones, instalaciones u obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.

Del precepto transcrito se deducen las siguientes características:

1º.- Se trata de una bonificación potestativa, es decir voluntaria para la Corporación, que podrá o no contemplarla en la ordenanza fiscal.

- 2º.- El importe máximo de la bonificación es del 95%, pudiendo la ordenanza fiscal regular un porcentaje menor.
- 3º.- En las construcciones, instalaciones u obras que pueden beneficiarse de la bonificación deben concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo, debiendo quedar acreditado en el expediente las circunstancias concretas. Por lo que es una bonificación aplicable a las Empresas de Inserción.
- 4º.- Aunque se contemple en la ordenanza fiscal la bonificación, el Pleno de la Corporación tiene expresamente que declarar el especial interés o utilidad municipal de las construcciones, instalaciones u obras.
- 5º.- La concesión de la bonificación debe instarse por el interesado.
- 6º.- Para la declaración que debe realizar el Pleno de especial interés o utilidad municipal de las construcciones, instalaciones u obras, basta el acuerdo de la mayoría simple.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5/05/2009 (rec. 60/2007), señala que *no cabe la menor duda, a la vista de la redacción del precepto, que la Ley dejaba un amplio margen de configuración a las Corporaciones Locales, tanto sobre la intensidad de la bonificación, sobre las condiciones para la aplicación de la misma, tratándose de un beneficio rogado, en cuanto sólo se podía aplicar previa solicitud del sujeto pasivo, si existía un acuerdo de carácter general de establecimiento de la bonificación y de regulación de sus aspectos formales y materiales, y si el Pleno así lo decidía por mayoría simple.*

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20/06/2019 (nº 169/2019, rec. 75/2019) , realizando una recopilación de sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia, señala que *como se aprecia de su redacción el establecimiento de dicha bonificación tiene carácter discrecional y no obligatorio, dependiendo por tanto de su previsión o establecimiento en las Ordenanzas municipales, ahora bien, una vez establecida su concreción o concesión ya no es un acto discrecional, sino que estaríamos ante un supuesto de conceptos jurídicos indeterminados, sometidos al control jurisdiccional y no a la mera discrecionalidad de la Administración. .../...*

La norma, en consecuencia, remite a la decisión discrecional de los Ayuntamientos la regulación, primero, de la existencia misma de la bonificación y, segundo, de su alcance, al remitir a la correspondiente Ordenanza reguladora la formación tanto de los aspectos sustantivos como de los aspectos formales (entre los que, indudablemente, se encuentra la especificación de las circunstancias que justifiquen la declaración del interés o utilidad municipal). La discrecionalidad, sin embargo, solo existe cuando del establecimiento, regulación y cuantificación a través de la Ordenanza reguladora del Impuesto se trata, pero, una vez regulada la bonificación a través de Ordenanza, la aplicación de la misma al caso concreto por el Ayuntamiento no supone el ejercicio de una potestad discrecional de ninguna clase. Antes al contrario, nos encontramos ante una potestad de tipo o carácter reglado de modo que, en las antedichas circunstancias -esto es, una vez el Ayuntamiento ha reconocido y regulado la bonificación en la correspondiente Ordenanza reguladora del Impuesto- la declaración de interés o utilidad municipal si se dan los requisitos o presupuestos previstos en la Ordenanza, con la consecuente aplicación de la bonificación, resulta obligada para el Ayuntamiento, agotándose la discrecionalidad municipal con la regulación normativa de la bonificación. No se trata, en consecuencia, del ejercicio de potestades discrecionales

por la Administración municipal sino que, habiendo hecho uso el Excmo. Ayuntamiento de Antequera de la habilitación legal, incluyendo en la Ordenanza reguladora del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras la citada bonificación, con idéntica redacción que la de la normativa estatal anteriormente transcrita, la cuestión estriba en esclarecer si concurre en el supuesto concreto aquí examinado un concepto jurídico indeterminado como es de del “interés o utilidad municipal “ a los efectos del reconocimiento y aplicación de la bonificación de hasta el 95% en la cuota del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y, en particular, circunstancias sociales que evidencien tal clase de interés.”

Por tanto, la discrecionalidad de la Corporación consiste en regular como crea conveniente, dentro de los márgenes que establece la Ley, la bonificación. Pero una vez regulada en la ordenanza fiscal, la concesión de la bonificación es reglada, por lo que si se cumplen los requisitos para su concesión que se prevean en la ordenanza fiscal se debe conceder la bonificación.

En el caso del **IBI**, dicha bonificación, contenida en el artículo 14.4 de la Ley 16/2012, se ha incluido en el artículo 74.2 quáter LHL y recae sobre los inmuebles en que se desarrollen las actividades económicas declaradas de especial interés o utilidad pública para el municipio. Dicho impuesto recaerá sobre los inmuebles propiedad de la sociedad que desarrolla la empresa de inserción sociolaboral que radiquen en el municipio.

La regulación es la siguiente:

“Artículo 74. Bonificaciones potestativas. (...) 2 quáter. *Los ayuntamientos mediante ordenanza podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto a favor de inmuebles en los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.”*

Del texto de la norma deducimos las siguientes características:

1º.- Es una bonificación del IBI potestativa, es decir voluntaria para los Ayuntamientos, que podrán prever o no esta bonificación en la ordenanza fiscal.

De hecho esta bonificación se introdujo mediante la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (EDL 2012/280016), que en su Preámbulo justificaba la subvención con el siguiente argumento:

Por otro lado, se hace extensiva al Impuesto sobre Bienes Inmuebles y al Impuesto sobre Actividades Económicas la bonificación potestativa aplicable en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras cuando se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Con ello se potencia la aludida autonomía local para estimular actividades de especial interés o utilidad para el municipio.

2º.- El importe máximo de la bonificación es del 95%, pudiendo la ordenanza fiscal regular un porcentaje menor.

- 3º.- Pueden beneficiarse de la bonificación los inmuebles en los que se desarrollen a actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración
- 4º.- Aunque se contemple en la ordenanza fiscal la bonificación, el Pleno de la Corporación tiene expresamente que declarar el especial interés o utilidad municipal de la actividad económica.
- 5º.- Para la declaración que debe realizar el Pleno de especial interés o utilidad municipal de las construcciones, instalaciones u obras, basta el acuerdo de la mayoría simple.
- 6º.- La concesión de la bonificación debe instarse por el interesado.

En el **IAE**, la bonificación (prevista en el artículo 14.5 de la Ley 16/2012) se plasma en el artículo 88.2 e) LHL y se aplica, obviamente, directamente sobre los sujetos pasivos del impuesto que realizan dichas actividades económicas, aunque solo sobre aquellos que tributen por cuota municipal. De este modo, el alcance de la bonificación excluiría un a aquellas empresas que tributaran por cuota provincial o nacional.

Artículo 88. Bonificaciones obligatorias y potestativas.

(...) 2. Cuando las ordenanzas fiscales así lo establezcan, se aplicarán las siguientes bonificaciones:

e) Una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota correspondiente para los sujetos pasivos que tributen por cuota municipal y que desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.

La bonificación se aplicará a la cuota resultante de aplicar, en su caso, las bonificaciones a que se refieren el apartado 1 de este artículo y los párrafos anteriores de este apartado. (...)“

Esta limitación subjetiva beneficia a actividades muy concretas, aquellas que concentren sus operaciones en un único municipio. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que este impuesto gravará únicamente a las empresas de inserción sociolaboral que no estén exentas del mismo, por razón de su cifra de negocios (art. 82.1.c TRLHL); esto es, aquellas cuya cifra de negocios supere el millón de euros.

En sintonía con las bonificaciones ya citadas, en el caso de **IMIVTNU**, la bonificación se incluyó vía artículo 7. Primero de la Ley 16/2013 que contempla la creación de un nuevo apartado 5 al artículo 108 LHL. Esta bonificación potestativa se podrá aplicar sobre las transmisiones de terrenos o la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio de terrenos, sobre los que se desarrollen las actividades económicas declaradas de interés general (en el caso que nos ocupa, la actividad empresarial de la empresa de inserción).

“Artículo 108. Tipo de gravamen. Cuota íntegra y cuota líquida.

(...)5. Las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio de terrenos, sobre los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.”

B. Establecimiento de la bonificación en los Ayuntamientos.

Esta es una bonificación que, salvo lo dispuesto para el ICIO, sólo puede aplicarse a empresas. Las razones que según la ley, pueden justificar el establecimiento de esta bonificación por los Ayuntamientos, serían los motivos de “especial interés o utilidad pública”, que en relación con las empresas de inserción deben estar relacionadas, como hemos visto, con la política de pleno empleo y de cohesión social y territorial que se recogen en el Capítulo tercero del Título I de la Constitución (“De los principios rectores de la política social y económica”) y en particular, en su art. 40. Por ello, los aspectos relativos a la creación de empleo, y a la inserción social y laboral deberían estar marcados como característica que justifica la aplicación de la bonificación a estas empresas, que sería así un estímulo para la consecución de estos objetivos. En este caso, además, y por las características de este tipo de empresas, no se pueden producir los efectos negativos que la mayoría de la doctrina que ha analizado estas bonificaciones suelen apuntar como posibles: la deslocalización de empresas (el “fórum shopping”) y los tremendos costes de concesión que pueden suponer en el caso de grandes empresas.

En ese sentido, no es muy probable que su establecimiento pueda suponer una amenaza para el equilibrio presupuestario que deben cumplir las Entidades locales, según ordena el art. 135 de la Constitución española, y el cumplimiento de los objetivos legales de estabilidad presupuestaria, dada la escasa cuantía global de este tipo de bonificaciones.

En cuanto a los aspectos concretos de su establecimiento, podemos basarnos en la experiencia sobre la bonificación del ICIO, que ha disfrutado de una mayor tradición. Sobre la misma, el Tribunal Supremo ha señalado que las Corporaciones Locales gozan de una gran discrecionalidad, tanto para determinar el volumen de la bonificación (con un margen del 0 al 95%), como sobre las condiciones para la aplicación de la misma (STS de 5 de mayo de 2009, FD cuarto).

Esto es, la Corporación podría recoger en su ordenanza una bonificación en términos similares a los recogidos en el TRLHL, de carácter amplio, o bien tipificar de forma subjetiva (categorías de sujetos pasivos), objetiva (tipos de inmuebles, actividad a la que se dedican, etc) o mixta, los supuestos bonificables. Es decir, no han de copiar de modo literal el texto del art. 103.2 a) LHL, sino que pueden, entre otros elementos, cambiar el porcentaje de bonificación (entre el 0 y el 95%) o excluir determinadas circunstancias del supuesto de hecho de la bonificación (limitándola por ejemplo a las construcciones que fomenten el empleo o la inserción para el empleo).

Podemos ver la experiencia de la bonificación del ICIO. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Zaragoza recoge en el art. 6.1 de la Ordenanza correspondiente una bonificación de hasta el 25% para actuaciones de fomento del empleo en el comercio tradicional. Normalmente, a medida que el municipio reduce su tamaño la bonificación suele recogerse con mayor amplitud. Esta amplitud alcanza su cota máxima en aquellos municipios que, sin limitar el interés especial o utilidad municipal a supuestos concretos, copian en sus ordenanzas el art. 103.2 LHL de forma casi literal. Sin embargo, la posible conflictividad que podría causar una cláusula tan genérica ha hecho modificar a algunos de estos Ayuntamientos su Ordenanza, cifrándola a casos más concretos.

Desde nuestro punto de vista, sería recomendable una configuración de la bonificación en la ordenanza lo más concreta posible y que contemplara específicamente a las empresas de inserción sociolaboral.

Como hemos indicado, esta regulación deberá contenerse en la correspondiente Ordenanza fiscal (arts. 15 y 16 del TRLHL), bien general, bien la específica del impuesto correspondiente. La Corporación, una vez decidida a incorporar esta bonificación potestativa, debe delimitar quienes pueden acceder a la misma, concretando aquellos supuestos que pueden obtener la declaración de especial interés o utilidad municipal. De este modo, esta declaración se convierte en un requisito *sui generis* para solicitar la bonificación.

En relación con el IBI, se ha recogido ya esta bonificación en algunos Ayuntamientos, que presentan experiencias que pueden servirnos de base para el diseño de una bonificación para las empresas de inserción.

Así, el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería), ha incorporado en el art. 4.4 de su Ordenanza Fiscal del IBI la redacción del art. 74.2. quáter de la TRLHL prácticamente tal cual. Eso sí, como límite ha establecido que la declaración de especial interés o utilidad municipal necesaria para acceder a la misma se concederá con carácter anual por el primer pleno de la corporación de cada ejercicio, siendo objeto de revisión anual. Nos parece poco práctico, en la medida en que obliga a esa revisión anual. Como indicábamos, consideramos más recomendable un diseño más específico y estable.

Tomaremos como base la del Ayuntamiento de Granada, que enumera los supuestos en que se considera justificada la existencia de especial interés o utilidad municipal, y entre ellas, bonifica los inmuebles de las empresas iniciadas por desempleados:

“8.1.- Se establece una bonificación del 40 por ciento de la cuota íntegra del impuesto a favor de inmuebles en los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.

Dicha bonificación se aplicará durante el plazo de 2 años, desde su concesión.

Se entenderá justificada la existencia de las citadas circunstancias en los siguientes supuestos: (...)

b) Inmuebles en los que se ejerza actividad económica cuyo titular, sea una persona que, procedente del desempleo, haya emprendido una actividad empresarial por cuenta propia.

Los interesados deberán presentar la solicitud para la obtención de este beneficio fiscal antes del día 1 de marzo del ejercicio en que deban de surtir efecto, acompañando la siguiente documentación:

- *Acreditación de la titularidad del inmueble.*
- *Acreditación de su anterior condición de desempleado.*
 - *Declaración de alta presentada ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria en el ejercicio de actividades económicas (modelo 036).*
 - *Indicación de la referencia catastral del inmueble, así como acreditación, por cualquier medio de prueba admitido en derecho de su afección a dicha actividad económica, (entre ellos licencia de instalación o apertura, declaración responsable en caso de no requerir aquélla, o, indicación del expediente administrativo en el que estas se tramitaron; declaración como local afecto a la actividad en el Impuesto sobre Actividades Económicas, etc....)”*

C. Concesión de la bonificación.

Una vez aprobada la ordenanza, y recogida la bonificación, se abre la posibilidad para que las empresas de inserción soliciten al pleno del ayuntamiento la declaración de especial interés o utilidad municipal por estimar que concurren las circunstancias reconocidas en la ordenanza correspondiente. Aunque existen determinados ayuntamientos como el de Valencia que no hacen mención en su ordenanza a este trámite de la declaración de especial interés o utilidad municipal, sino que directamente enumeran los supuestos que podrán acceder a la bonificación, entendemos que es preceptivo que el pleno se pronuncie acerca de la procedencia de esta declaración con carácter previo a la concesión de la bonificación.

En efecto, uno de los aspectos más importantes de estas bonificaciones es que no sólo son rogadas, sino que están sujetas a la declaración de especial interés o utilidad municipal por el Pleno de la Corporación, previa solicitud del sujeto pasivo; una declaración que requiere el voto favorable de la mayoría simple de sus miembros. Consideramos que el “Pleno de la Corporación” únicamente deberá pronunciarse (previa solicitud del sujeto pasivo, obviamente) respecto a esta declaración de especial interés o utilidad municipal y no respecto a la procedencia de la posterior bonificación, ya que entendemos que la misma podrá solicitarse por los cauces de gestión ordinarios de los beneficios fiscales rogados.

No obstante, dicha bonificación tiene carácter objetivo, por lo que una vez configurada en la pertinente ordenanza, si concurren en el caso concreto las circunstancias objetivas para disfrutar de la misma, el sujeto que solicita la declaración de especial interés o utilidad municipal tiene derecho a la misma. Por lo tanto, la aparente discrecionalidad del ayuntamiento para conceder este tipo de bonificaciones no es absoluta, pues está sujeto a la obligación de realizar dicha declaración en aquellos supuestos, en los que concurren objetivamente las circunstancias de interés o utilidad pública descritas en la ordenanza (TSJ de Madrid en su Sentencia 651/2010 de 15 de junio, FD tercero). En este sentido, asimismo, en la STSJ de Murcia

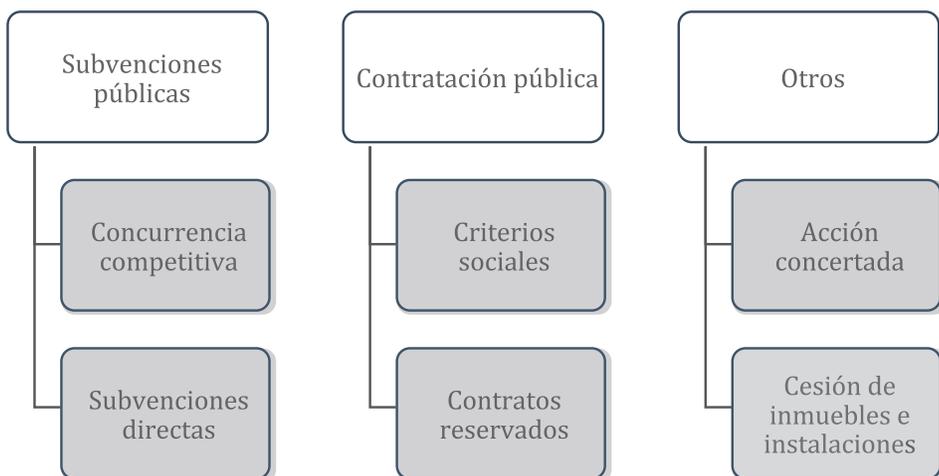
de 22 de febrero de 2012, el Tribunal concede la **bonificación a una planta solar fotovoltaica en contra de la decisión municipal**, en contra de la decisión del pleno de la Corporación.

Dada la declaración legal para las empresas de inserción de su carácter de “prestadoras de servicios de interés económico general”, no parece que pudiera haber duda de que concurren dichas circunstancias. Por lo tanto, si el Ayuntamiento establece la bonificación en la Ordenanza con carácter general, sin una tipificación excluyente, nos parece evidente que, ante la solicitud de la empresa de inserción, deberá considerarse que es aplicable a ésta.

Las empresas de inserción, como hemos visto, tendrían cabida, tanto en las “circunstancias sociales” como en aquellas “de fomento del empleo”. Y su carácter de “especial interés” o “utilidad municipal” parece consagrada por la declaración de “servicios de interés económico general”. Consideramos, por tanto, que debería realizarse una labor de difusión entre las Entidades locales de las posibilidades de incentivo tributario que pueden aplicar a las empresas de inserción con sede en su municipio.

IV. POSIBILIDADES DE COLABORACIÓN PÚBLICA CON LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN.

Veamos ahora un conjunto de actividades en las que podría producirse una colaboración de las Administraciones públicas en el funcionamiento de las empresas de inserción. Veamos un esquema de las cuestiones que hemos considerado más relevantes:



1. *Posibilidad de que las empresas de inserción reciban subvenciones directas de las Administraciones públicas*

a. Concepto de subvención

El artículo 2.1 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones – LGS –, define la subvención como *toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:*

- a) *Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.*
- b) *Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.*
- c) *Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.*

Podríamos considerar como una característica propia y diferencial de la subvención la ausencia de contraprestación por parte del beneficiario de la subvención.

De tal manera que desnaturaliza el concepto de subvención que la entidad que concede la subvención perciba una contraprestación del beneficiario, porque la subvención es una medida de fomento, de incentivar actividades privadas que se consideren de interés general.

Así el artículo 23.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, dispone que *las Corporaciones locales podrán conceder subvenciones a Entidades, organismos o particulares cuyos servicios o actividades complementen o suplan los atribuidos a la competencia local, (...).*

También lo ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 22/11/2004 (Roj: STS 7561/2004 - ECLI: ES:TS:2004:7561), al considerar que *hemos de comenzar recordando que la actividad administrativa de fomento que se concreta en una subvención, como una de las medidas que utiliza la Administración Pública para fomentar la actividad de los particulares hacia fines considerados de interés general, comprendiendo el concepto toda clase de favorecimiento mediante la concesión de estímulos económicos, ya signifiquen éstos una pérdida de ingresos para la Administración a través de exenciones y desgravaciones fiscales, ya un desembolso inmediato de dinero público destinado a dicha función de fomento o promoción, en cuanto tal actividad dirigida a un fin de interés general no cabe comprenderla aisladamente sino en el conjunto a que, en definitiva, responde (como más adelante veremos en relación con los propios preceptos que se dicen infringidos)*

La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en las Sentencias de 7 de abril de 2003 (rec.11328/1998), de 4 de mayo de 2004 (rec. 3481/2000), de 17 de octubre de 2005 (rec. 158/2000) y de 15 de noviembre de 2006 (rec. 2586/2004), manifiesta la naturaleza de dicha medida de fomento administrativo, caracterizándose por las notas que a continuación se reseñan:

“En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la

subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

(...) Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión.”

Reiterada esta jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 10/07/2018 (rec. 1555/2016) al manifestar que resulta pertinente recordar la consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, expresada, entre otras, en las sentencias de 7 de abril de 2003 (rec. cas. núm. 11328/1998), reiterada a su vez en la de 4 de mayo de 2004 (rec. cas. núm. 3481/2000) y de 17 de octubre de 2005 (rec. cas. núm. 158/2000), respecto de que la subvención se configura como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente, que se caracteriza por las notas que a continuación se exponen, que determina que la empresa beneficiaria de la subvención debe cumplir íntegramente todas las condiciones impuestas en la resolución de concesión. Según hemos dicho en nuestra sentencia de 7 de abril de 2003, cit., «[...]

En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Por último, la subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Cfr SSTS 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998, 15 de abril de 2002 ad exemplum)» (FD Tercero).

El concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente.

El instituto jurídico subvencional se inscribe en la actividad de fomento de la Administración, y tiene como fin impulsar u orientar comportamientos para la consecución de objetivos dignos de protección y estímulo, siempre sobre la inexcusable premisa que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) y a satisfacer las necesidades públicas. Partiendo de la búsqueda de un interés público concreto y determinado, al servicio del cual se concibe el instrumento subvencional, y siempre dentro del marco competencial propio de la Administración concedente, es de todo punto inconcebible una subvención ayuna de causa que la justifique y de procedimiento que asegure la tutela de los fines perseguidos.

En este orden de ideas, no puede olvidarse que el art. 31.2 de la CE dispone que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía; mandato constitucional que difícilmente puede separarse del deber de todos de contribuir al sostenimiento de tales gastos públicos de acuerdo con los principios mencionados en el apartado 1 del mismo artículo.

Pero una cosa es que la subvención fomente una actividad, esto es, que la subvención se conceda con sujeción al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, y otra cosa bien distinta, es que quien conceda la subvención perciba una contraprestación por parte del beneficiario, debiendo distinguir claramente cuándo la actividad subvencionada la realiza el beneficiario para sí (aunque esté subvencionado) y cuándo la actividad se realiza para quien concede la subvención, porque en ese supuesto estaremos en presencia de un contrato y no de una subvención.

Reconocemos que a veces no es fácil diferenciar una subvención de un contrato. Siguiendo el criterio de la doctrina mayoritaria, que compartimos plenamente, la fina línea que en ocasiones separa la subvención de la contraprestación se sitúa en quién es el que ejerce o promueve la actividad.

Así, seguiríamos a TERESA MOREO MARROIG, que en un artículo publicado en la web de la Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos (ASOCEX), establece un cuadro con las siguientes diferencias:

Actividad de prestación	Actividad de fomento
La actividad es de titularidad pública y competencia del órgano que la realiza	La titularidad de la actividad no corresponde a la Administración que ejerce el fomento, sino al sujeto que recibe los fondos
Hay varios sujetos activos	El sujeto activo es la Administración y los sujetos pasivos son los particulares u otras Administraciones
El régimen jurídico bajo el cual va a realizarse la actividad es el Derecho Público	La actividad protegida puede realizarse bajo el Derecho Público o el Derecho Común, en función del agente que la realiza
El objeto de la actividad de la Administración es la prestación.	El objeto de la actividad de la Administración es el fomento: proteger, promover o estimular actividades que satisfacen necesidades públicas o que se consideran de interés público

No nos cabe ninguna duda que las Empresas de Inserción pueden ser beneficiarias de subvenciones, sin perjuicio de que – como después diremos – puedan también ser contratistas de la Administración Pública.

Pero en este apartado abordaremos la institución de la subvención.

Desde luego las Empresas de Inserción son instituciones cuya finalidad encaja perfectamente en el concepto mismo de subvención en los términos expuestos por varios motivos.

El artículo 1 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, establece el régimen jurídico de las empresas de inserción y *establecer un marco que promueva la inserción laboral de personas en situación de exclusión social a través de este tipo de empresas. Para el cumplimiento de estos objetivos, el contenido de esta Ley se extiende a:*

a) Establecer una regulación propia para las empresas de inserción, que posibilite su desarrollo y consolidación.

b) Determinar para las empresas de inserción los requisitos necesarios y el procedimiento a seguir, a través de los itinerarios de inserción, para la incorporación al mercado ordinario de las personas en situación de exclusión social.

c) Establecer un conjunto de medidas para la promoción de la inserción sociolaboral a través de las empresas de inserción y delimitar las situaciones que, en su caso, puedan determinar la adopción de tales medidas.

2. El objetivo del trabajo de estas personas en las empresas de inserción es lograr su integración en el mercado de trabajo ordinario, para lo cual, la empresa de inserción contratante facilitará a sus trabajadores el acceso a la formación y a la orientación a través de las acciones y medidas que se establecen en esta Ley.

El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, las califica como "entidades de economía social", y el apartado 4 del citado artículo, como hemos visto en la primera parte de este trabajo, las declara como Entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General", al disponer expresamente que *se declaren entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General, los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción, constituidas y calificadas como tales según su normativa reguladora. Asimismo, podrá extenderse esta declaración a cualesquiera otras entidades de la economía social que tengan por objeto igualmente la inserción laboral de colectivos en riesgo de exclusión, conforme a lo que se establezca reglamentariamente.*

Sin duda alguna las Entidades de Inserción Social cumplen perfectamente las características establecidas en el artículo 2.c) de la LGS porque la actividad propia de este tipo de entidades es de utilidad pública, de interés social y promocionan finalidades públicas por el mero hecho de constituirse y obtener la calificación prevista en la norma. Que más patente, sobre todo, si observamos el perfil de los trabajadores que son contratados por las Empresas de Inserción (art.2.1 Ley 44/2007): *personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo, con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo, que estén incluidos en alguno de estos colectivos:*

a) Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas.

b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas:

1.º Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora.

2.º Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

c) Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores.

d) Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Regla-

mento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.

g) Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

h) Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

b. Procedimientos para la concesión de subvenciones públicas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley General de Subvenciones, podemos distinguir dos procedimientos para la concesión de subvenciones: el de concurrencia competitiva y el de concesión directa.

Y, a su vez, en la concesión directa de subvenciones, podemos diferenciar dos procedimientos distintos: el de las subvenciones nominativas y la concesión directa por motivos de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

1. Subvenciones nominativas

Son subvenciones nominativas aquellas que están previstas en los presupuestos generales de las diferentes Administraciones Públicas.

Para ello, debe constar expresamente en el presupuesto de la Administración al menos:

- La dotación presupuestaria correspondiente en el estado de gastos
- El beneficiario
- El objeto de la subvención

Esta modalidad de subvención directa es relativamente sencilla, puesto que la norma no exige más que figure expresamente en el presupuesto de la entidad concedente como nominativa.

En el caso de las Entidades Locales, lo habitual es que las subvenciones nominativas se introduzcan como un anexo a las Bases de Ejecución del Presupuesto y, lógicamente, tenga su traslación al estado de gastos del presupuesto con indicación de la aplicación presupuestaria, importe y denominación del beneficiario.

Una vez que está prevista en el presupuesto de la Administración Pública, el procedimiento para su concesión es muy sencillo:

- Se puede iniciar de oficio por el centro gestor del crédito o a instancia de la propia Empresa de Inserción.
- El acuerdo o resolución de la concesión y el propio convenio regulador de las condiciones de la subvención tienen el carácter de bases reguladoras de la concesión de la subvención.
- El acuerdo o resolución y el propio convenio debe contener los siguientes extremos:
 - Determinación del objeto de la subvención
 - La denominación concreta de la Empresa de Inserción beneficiaria de la subvención.

- Crédito presupuestario al que se imputa el gasto
- Cuantía de la subvención.
- Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.
- Plazos y modos de pago de la subvención, posibilidad de efectuar pagos anticipados y abonos a cuenta, así como el régimen de garantías que, en su caso, deberán aportar los beneficiarios.
- Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos.

La subvención nominativa parece la vía más acertada para garantizar el normal funcionamiento de la empresa de inserción, y permite que ésta pueda acceder al crédito y organizar su presupuesto de forma racional, y que optimice el uso de los recursos públicos.

2. Subvenciones directas por motivos sociales, económicos, etc.

El artículo 22.2.c) de la Ley General de Subvenciones, establece la posibilidad de que, *con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.*

Aunque el "interés público, social, económico o humanitario", son conceptos jurídicos indeterminados, no es suficiente su mención con carácter genérico, sino que se deben acreditar los concretos motivos que implican el carácter social económico o humanitario que justifican una concesión directa y excepcional de la concesión de la subvención.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 24/03/2021 (Roj: SAN 1135/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1135), considera que *por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (art. 103 de la Constitución), sin que propicien soluciones alternativas propias de la discrecionalidad administrativa.*

Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999, citando otras muchas como las de 22-6-82, 13-7-84, 9-12-86, 24-4, 18-5, 10-7 y 8-11 de 1993, 19-12-95, 2-1-96, 14-4, 12-5- y 21-12- de 1998 y 24-4-99, que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, como orden público e interés nacional, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados.

Por ello, sin ser descartable en absoluto este procedimiento para la concesión de subvenciones en momentos puntuales, consideramos más idóneo el uso de las subvenciones directas nominativas.

2. Posibilidad de que las empresas de inserción sean contratistas de la administración.
- a. Introducción

Para ser contratista de la Administración la legislación contractual exige unas condiciones determinadas de aptitud.

Así el artículo 65 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP 2017), dispone que *(1) sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo. (2). Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato. (3). En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 71.*

Podemos observar, por resumir, que básicamente y sin perjuicio de las peculiaridades y condiciones que establezcan los pliegos de condiciones administrativas, la norma exige cinco requisitos básicos:

- Tener personalidad jurídica propia
- Que tengan plena capacidad de obras
- Que el contratista no esté incurso en alguna prohibición de contratar
- Que el contratista tenga solvencia económica y financiera para realizar el contrato
- Que el contratista tenga solvencia técnica o profesional para ejecutar el contrato.

Entendemos que no hay ninguna duda de que las Empresas de Inserción tienen personalidad jurídica propia. El artículo 4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, las define como *aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.*

Esta definición conlleva necesariamente la consideración de la existencia de personalidad jurídica propia de las Empresas de Inserción, distinta a la de los miembros que la componen, y esta personalidad jurídica propia implica, salvo supuestos previstos legalmente, la plena capacidad de obrar, que no es más que la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

El resto de los requisitos lógicamente dependerá del contrato concreto que las Empresas de Inserción pretendan realizar con la administración.

Aunque por la tipología de las Empresas de Inserción lo habitual es la realización de contratos administrativos de servicios, no vamos a descartar otra tipología contractual, centrándonos en los procedimientos para seleccionar al contratista de la Administración.

Porque el verdadero problema no estriba en el tipo de contrato, sino en la utilización de procedimientos inadecuados para seleccionar al contratista cuando este es una Empresa de Inserción.

b. Procedimientos de selección del contratista por la Administración

Los procedimientos actuales para seleccionar al contratista se basan, en lo que aquí interesa, en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (art.1 LCSP 2017).

Estos principios se establecen con ciertas modulaciones, porque se deben aplicar criterios sociales. Como confiesa el propio Preámbulo de la LCSP 2017:

(...) el sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad. (...) Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. 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.

En este sentido, el artículo 132.1 de la LCSP 2017, dispone que *los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.*

El artículo 131.2 de la LCSP 2017 se refiere a los procedimientos de adjudicación, al decir que *la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión*

de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento. En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.

Pero respecto de las Empresas de Inserción, el propio Preámbulo de la LCSP 2017 se refiere expresamente a ellas, al concretar respecto a las consideraciones de tipo social que (...) *se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación.*

Por tanto, al margen y sin perjuicio de que las Empresas de Inserción puedan concurrir en licitación pública en contratos no reservados, el instrumento idóneo para la contratación de las Empresas de Inserción es la de los contratos reservados.

c. Los contratos reservados

Partimos de la premisa básica que se señala en el Preámbulo de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, al señalar que *un rasgo común a casi todas las situaciones de exclusión social es la dificultad para participar en los mecanismos habituales de formación e inserción laboral. Por ello es esencial involucrar en la lucha contra la exclusión social a las diferentes Administraciones Públicas, dentro de sus ámbitos de competencias y medios, a través de acciones de integración encaminadas a potenciar la plena participación de los colectivos afectados por esta situación.*

Y una forma clara de que las Administraciones Públicas faciliten la integración de los colectivos afectados por la exclusión social es primar en su contratación a las Empresas de Inserción.

La idea de los contratos reservados parte de 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, que en su considerando (36) dispone que *el empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.*

Y el artículo 20.1 de la citada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, expresamente regula los contratos reservados permitiendo que los Estados miem-

bros realicen reservas de mercado para ciertos operadores económicos, al disponer que *los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.*

La propia Directiva establece algunos condicionantes en el artículo 77 respecto a los contratos reservados para ciertos servicios sociales, culturales y de salud que cumplan ciertos requisitos:

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones 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;

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.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo.

5. No obstante lo dispuesto en el artículo 92, la Comisión evaluará los efectos de la aplicación del presente artículo y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 18 de abril de 2019.

En la trasposición que realizó el Estado Español en la LCPS 2017, la Disposición adicional cuarta de la LCSP 2017, contempla la regulación de los contratos reservados de la siguiente manera:

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

empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

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

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

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

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

Podemos observar que, de conformidad con el precepto transcrito, las características de los contratos reservados son las siguientes:

1º.- Son contratos que la Administración aparta o separa para cierto tipo de entidades.

2º.- Los términos de la norma son imperativos: “se fijarán porcentajes mínimos ...”, de tal manera que lo que queda a discrecionalidad de la Administración es el porcentaje mínimo de contratos reservados, pero la norma parece que obligue a la Administración a reservar un porcentaje mínimo de ciertos contratos. Se trata de una norma que impone una obligación, por lo que esta debe cumplirse so pena de incurrir en responsabilidad o, incluso, de la nulidad de contratos no reservados cuando se trate de CPV previstos para contratos reservados.

3º.- La reserva supone o implica que sólo pueden participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos reservados las entidades para las que se han reservado los contratos y no otros.

4º.- Se pueden reservar contratos o lotes de contratos.

5º.- La reserva está establecida por la norma a favor de determinado tipo de entidades, que debe entenderse taxativas, y siempre que cumplan los requisitos para tener la consideración de entidades para las que se reserva el contrato o el lote.

Sólo existen dos tipos de entidades a las que se puede reservar contratos:

- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social
- Empresas de Inserción

A la que se añaden los programas de empleo protegido.

La Resolución 510/2019, de 9/05/2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, considera que *la referencia contenida en el cuadro de características del PCAP a Centros Especiales de Empleo, iba dirigida necesaria y exclusivamente a los de*

“iniciativa social”, como se indicaba en las cláusulas 4.1 y 20.2 del PCAP y como se deriva de las disposiciones de la LCSP en las que se ampara dicha reserva.

6º.- Además de tener la consideración legal de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y de Empresas de Inserción, respectivamente, el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, deberá ser de al menos el 30%

7º.- Aunque la norma no aclara el porcentaje mínimo de reserva para las Entidades Locales y Comunidades Autónomas, en nuestra opinión, por la remisión que realiza el último párrafo del apartado 1 de la citada Disposición Adicional Cuarta, al penúltimo párrafo, parece deducirse que el porcentaje mínimo de reserva del 7% es aplicable no sólo al Estado sino también a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales. Sin embargo, la ORleScon en el citado informe es de la opinión que este párrafo sólo es aplicable al sector público estatal, sin que el régimen subsidiario sea aplicable a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales que carezcan de tal acuerdo. Ahora bien, la ORleScon recomienda que *la DA 4ª de la LCSP no marca mínimos en cuanto a la fijación de porcentajes de reserva en el ámbito de las Comunidades Autónomas ni de entidades locales, pero sería aconsejable que se asemejase al exigido en el ámbito estatal (7%- 10%) en relación con el presupuesto autonómico o local y, previo diálogo con el sector de CEE en su ámbito territorial, su capacidad productiva y su volumen de negocio.*

La Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público remite a los porcentajes de reserva previstos en la LCSP en defecto de Acuerdo del Consejo de Ministros en el que se fijen los mismos. Aunque no existe unanimidad en los criterios de cálculo y el último párrafo del apartado 1 de la Disposición Adicional 4ª de la LCSP 2017 es aplicable sólo al Estado, se suele utilizar como criterio para determinar el porcentaje de contratos reservados en base al importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiere la reserva. Y por “importe global”, se entiende el presupuesto base de licitación sin IVA, porque la utilización de las cuantías relativas al valor estimado del contrato e importe de adjudicación producen problemas de homogeneización y sistematización tal y como indica la ORleScon en su informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020 de contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, de marzo de 2022.

Como oportunamente señala la ORleScon, la Disposición Adicional 4ª de la LCSP 2017 debería modificarse para establecer una regulación mucho más concreta y adaptada a la realidad actual, teniendo en cuenta que, aunque la reserva lo puede ser de todo tipo de contratos, únicamente se puede establecer el porcentaje de cumplimiento respecto de los contratos de suministros y servicios, lo que *puede llevar a desincentivar a los órganos de contratación a tramitar como reservados contratos de obras y concesiones puesto que éstos no serán objeto de cómputo a los efectos del cumplimiento de los porcentajes de reserva fijados tanto en la DA 4ª como en los correspondientes Acuerdos de los órganos competentes de las comunidades autónomas.*

8º.- Por último, cabe señalar que para los contratos reservados no es necesario que el contratista deposite garantía definitiva, salvo que el órgano de contratación lo acuerde con carácter excepcional y motivado.

9º.- Por otra parte, el Anexo VI de la LCSP 2017 contempla la relación de códigos CPV de los servicios y suministros a los que se debe aplicar la reserva en la contratación y son los siguientes:

CPV	DENOMINACIÓN
Servicios de limpieza:	
90610000-6	Servicios de limpieza y barrido de calles
90611000-3	Servicios de limpieza de calles
77211500-7	Servicios de mantenimiento de árboles
77310000-6	Servicios de plantación y mantenimiento de zonas verdes
77311000-3	Servicios de mantenimiento de jardines y parques
77313000-7	Servicios de mantenimiento de parques
77314000-4	Servicios de mantenimiento de terrenos
90917000-8	Servicios de limpieza de medios de transporte
77211400-6	Servicios de tala de árboles
90910000-9	Servicios de limpieza
90911300-9	Servicios de limpieza de ventanas
90919200-4	Servicios de limpieza de oficinas
90690000-0	Servicios de limpieza de pintadas

Servicio de recogida y reciclaje:	
90511300-5	Servicios de recogida de basuras
90511400-6	Servicios de recogida de papel
90531000-8	

Servicios forestales:	
77200000-2	Servicios forestales
77231000-8	Servicios de gestión forestal
77231800-6	Servicios de gestión de viveros forestales
77312000-0	Servicios de desbrozo
77312100-1	Servicios de eliminación de malezas
79930000-2	Servicios especializados de diseño
Servicios de lavandería:	
98311100-7	Servicios de gestión de lavanderías

CPV	DENOMINACIÓN
98311200-8	Servicios de explotación de lavanderías
98312100-4	Servicios de impregnación de artículos textiles
98314000-7	Servicios de coloración
98315000-4	Servicios de planchado
98311000-6	Servicios de recogida de lavandería

Servicio de hostelería y catering:	
79952000-2	Servicios de eventos
55130000-0	Otros servicios hoteleros
79952100-3	Servicios de organización de eventos culturales
55120000-7	Servicios de reuniones y congresos en hoteles
79950000-8	Servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos
55512000-2	Servicios de gestión de cantina
55330000-2	Servicios de cafetería
55400000-4	Servicios de suministro de bebidas
55410000-7	Servicios de gestión de bares

Servicios de transporte:	
60112000-6	Servicios de transporte por la vía pública

Servicios de imprenta:	
79824000-6	Servicios de impresión y distribución
79821000-5	Servicios de acabado de impresiones
79820000-8	Servicios relacionados con la impresión
79800000-2	Servicios de impresión y servicios conexos
79810000-5	Servicios de impresión
79823000-9	Servicios de impresión y entrega
79971000-1	Servicios de encuadernación y acabado de libros
79971200-3	Servicios de encuadernación de libros
79971100-2	Servicios de acabado de libros

Servicios sociales:	
85320000-8	Servicios sociales
85312000-9	Servicios de asistencia social sin alojamiento
85300000-2	Servicios de asistencia social y servicios conexos

CPV	DENOMINACIÓN
85310000-5	Servicios de asistencia social
Servicios de almacenamiento y reparto:	
63100000-0	Servicios de carga, descarga y almacenamiento
63120000-6	Servicios de almacenamiento y depósito
63121100-4	Servicios de almacenamiento

Servicios de hospedaje y turismo rural:	
63500000-4	Servicios de agencia de viajes, operadores turísticos y asistencia al turista
75125000-8	Servicios administrativos relacionados con asuntos turísticos

Servicios de trabajos administrativos:	
92500000-6	Servicios de bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales
92510000-9	Servicios de bibliotecas y archivos
92511000-6	Servicios de bibliotecas
92512000-3	Servicios de archivos
79500000-9	Servicios de ayuda en las funciones de oficina
98341120-2	Servicios de portería
98341130-5	Servicios de conserjería
79511000-9	Servicios de operador telefónico
92520000-2	Servicios de museos y de preservación de lugares y edificios históricos
92521000-9	Servicios de museos
92521100-0	Servicios de exposición en museos
72312000-5	Servicios de introducción de datos

Servicios de gestión y trabajos auxiliares:	
45233294-6	Instalación de señalización viaria
45316000-5	Trabajos de instalación de sistemas de alumbrado y señalización
79993100-2	Servicios de gestión de instalaciones
79993000-1	Servicios de gestión de edificios e instalaciones
Servicios de correo y publicidad:	
79571000-7	Servicios de envío por correo

CPV	DENOMINACIÓN
79340000-9	Servicios de publicidad y de marketing
79341000-6	Servicios de publicidad
64121100-1	Servicios de distribución postal
64121200-2	Servicios de distribución de paquetes
79520000-5	Servicios de reprografía
79920000-9	Servicios de empaquetado y servicios conexos
79921000-6	Servicios de empaquetado

Servicios de mantenimiento y reparación:	
45422000-1	Carpintería y ebanistería
45420000-7	Trabajos de instalación de carpintería de madera
50850000-8	Servicios de reparación y mantenimiento de mobiliario
45262500-6	Trabajos de mampostería y albañilería
45262520-2	Trabajos de albañilería
50000000-5	Servicios de reparación y mantenimiento
71314100-3	Servicios de electricidad
45330000-9	Trabajos de fontanería
45442100-8	Trabajos de pintura
50232200-2	Servicios de mantenimiento de señales de tráfico
45262680-1	Soldaduras
45259000-7	Reparación y mantenimiento de instalaciones
50115000-4	Servicios de reparación y mantenimiento de motocicletas

Producción y venta de plantas de temporada, de compost, de planta y arbusto, de mobiliario de jardín...	
03121100-6	Plantas vivas, bulbos, raíces y esquejes
03451300-9	Arbustos
39142000-9	Muebles de jardín
03110000-5	Cultivos, productos comerciales de jardinería y horticultura

Producción y venta de jabones de mano:	
33711900-6	Jabón
33741100-7	Jabón de manos
39831700-3	Dispensadores automáticos de jabón

CPV	DENOMINACIÓN
Producción y venta de herramientas de cocina de madera:	
39220000-0	Equipo de cocina, artículos de uso doméstico y artículos de catering
44410000-7	Artículos para baño y cocina
39221100-8	Utensilios de cocina
39221180-2	Utensilios para cocinar
39141000-2	Muebles y equipo de cocina

Producción y venta de mobiliario de carpintería:	
39100000-3	Mobiliario
03419100-1	Productos de madera
37800000-6	Artículos para trabajos artesanales y artísticos
37810000-9	Artículos para trabajos artesanales

Venta y distribución:	
30199000-0	Artículos de papelería y otros artículos
39000000-2	Mobiliario (incluido el de oficina), complementos de mobiliario, aparatos electrodomésticos (excluida la iluminación) y productos de limpieza

Artículos para eventos:	
18530000-3	Regalos y premios

Regalos y obsequios de empresa:	
39516000-2	Artículos de mobiliario
39295500-1	Partes, adornos y accesorios de paraguas, sombrillas, bastones y artículos similares
39561140-5	Artículos de pasamanería y ornamentales
39200000-4	Complementos de mobiliario
39290000-1	Complementos de mobiliario diversos
39170000-4	Mobiliario de tienda
44111300-4	Cerámica
39298900-6	Artículos de decoración diversos
44812400-9	Artículos para decoración

Con los contratos protegidos se pretende fomentar la existencia de un mercado de contratos públicos dirigido específicamente a las Empresas de Inserción y los Centros Especiales de Empleo, para fomentar este tipo de empresas por el interés público de su actividad.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 4/2020, destaca ciertas deficiencias en la utilización de los contratos reservados por parte de la Administración Canaria, que, en nuestra opinión, es trasladable a otras Comunidades Autónomas, concluyendo que:

1.- *Existe un desconocimiento generalizado por parte de las unidades administrativas de los órganos de contratación de la figura de los contratos reservados, contratos regulados no sólo en la norma europea, sino igualmente, en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la LCSP, que impone la obligación a estos órganos de contratación de reservar un mínimo de sus contrataciones a los Centro Especial de Empleo de iniciativa social y a las empresas de inserción, para cumplir un fin social.*

2.- *Desconocimiento generalizado, igualmente, del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo de 2019, que fija el porcentaje mínimo de reserva del 2% del importe del presupuesto total de las nuevas contrataciones adjudicadas en el ejercicio inmediatamente anterior y cuyo objeto corresponda a prestaciones adecuadas a las actividades de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, Empresas de Inserción y programas de Empleo Protegido, y, en concreto, a los suministros y servicios con los CPV incluidos en el Anexo VI de la LCSP. Se estableció ese 2% como la cantidad que deberán reservar los diferentes órganos de contratación para posibilitar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, Empresas de Inserción y Programas de Empleo protegido, de acuerdo con los previsto en la normativa reguladora de la contratación del sector público*

(...)

6.- *En general se puede predicar que los órganos de contratación no están brindando a este tipo de contratos la consideración que merecen por la función social que se les atribuye, y lo que es más grave, la importancia que tienen por la obligación que la LCSP les impone.*

(...)

8. *Otro defecto puesto de manifiesto hace referencia a que, si bien el órgano de contratación tramita una contratación como contrato reservado y lo adjudica a un centro especial de empleo de iniciativa social, se constata en el expediente que en la comparación de ofertas se realiza con empresas que no cumplen las condiciones para ser adjudicatarias de este tipo de contratos, esto es, no se compara con otros Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, y/o empresas de Inserción, de acuerdo con los previsto en la normativa reguladora de la contratación del sector público.*

Para el caso de que finalmente las Empresas de Inserción puedan licitar a contratos reservados y/o resulten adjudicatarias, conviene traer a colación las recomendaciones en su actuación que realiza la ORLeScon:

- Consignar en el pliego de condiciones la previsión de que, en caso de resultar adjudicatarios del contrato, las Empresas de Inserción deban mantener su calificación e inscripción en el registro correspondiente durante toda la vigencia del contrato.

- Puede constituir una buena práctica recoger la expresa prohibición de subcontratación a empresas no beneficiarias del derecho de reserva como ocurre en los acuerdos de Castilla-La Mancha o Madrid, salvo en las prestaciones accesorias al objeto principal del contrato, siempre que se justifique debidamente en el expediente.
- En el caso de licitadores que decidan acudir a la licitación bajo la figura de unión temporal de empresas (U.T.E), todos y cada uno de los eventuales integrantes de esa Unión deberían reunir la condición legal exigida para optar a los contratos reservados.
- En el ámbito de la contratación centralizada, se debería hacer un esfuerzo por prever esta excepción en los pliegos del correspondiente procedimiento de contratación centralizada. A este respecto la guía de contratos reservados de la CF de Navarra recomienda, como buenas prácticas que suscribimos:
 - Que al constituirse las centrales de compras se prevea de manera expresa y así se refleje en los pliegos, que los poderes adjudicadores podrán contratar al margen de estas en caso de calificar como reservados dichos contratos.
 - Que los poderes adjudicadores, en el acto expreso de manifestar su voluntad de participar en una central de compras, manifiesten que su adhesión tendrá como excepción el hecho de calificar como reservado un contrato determinado, en cuyo caso tendrá la facultad de contratar al margen suyo.

3. La acción concertada para las empresas de inserción

La denominada acción concertada tiene su origen en la modalidad de gestión indirecta en la contratación pública a través de concierto. El concierto era una modalidad de prestación de un servicio público mediante gestión indirecta, que ha sido suprimido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP 2017).

El artículo 277 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, disponía que *la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:*

- a) *Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.*
- b) *Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- c) *Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*

El concierto por tanto era una modalidad de contratación en virtud de la cual la Admi-

nistración contrataba con una persona natural o jurídica que ya venía desarrollando ese tipo de prestaciones, aprovechando así la experiencia del contratista en el sector. Esta fórmula de prestación de servicios es muy antigua, ya el artículo 43.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, dispone que *los servicios relacionados con las actividades benéficas podrán prestarse por gestión directa o por concierto*.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dedica toda una Sección (la 4ª del Capítulo quinto) para regular esta forma de prestación de servicios públicos. Estableciendo el artículo 143 que *las Corporaciones locales podrán prestar los servicios de su competencia mediante concierto con otras Entidades públicas o privadas y con los particulares, utilizando los que unas u otros tuvieran establecidos, sin que el concierto origine nueva persona jurídica entre las mismas*.

La mayoría de la doctrina considera que el concierto, como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, era especialmente apropiada para la prestación de servicios sociales y asistenciales, permitiendo realizar un contrato con entidades públicas o privadas que ya venían realizando prestaciones análogas a las que la Administración pretendía prestar. Así lo reconoció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes, como por ejemplo en el Informe 18/12, de 20 de noviembre de 2012 o en el Informe 37/95, de 24 de octubre de 1995.

Pero las nuevas Directivas de Contratación Pública (la nº 23 y 24 de 2014) dan un giro sustancial a esta modalidad de contratación suprimiendo el concierto como forma de gestión indirecta de servicios públicos, pero, a su vez, posibilitando que los Estados miembros concierten con entidades sin ánimo de lucro la prestación de servicios sociales extramuros de la legislación contractual, de ahí la denominación de “acción concertada” o “concierto social”.

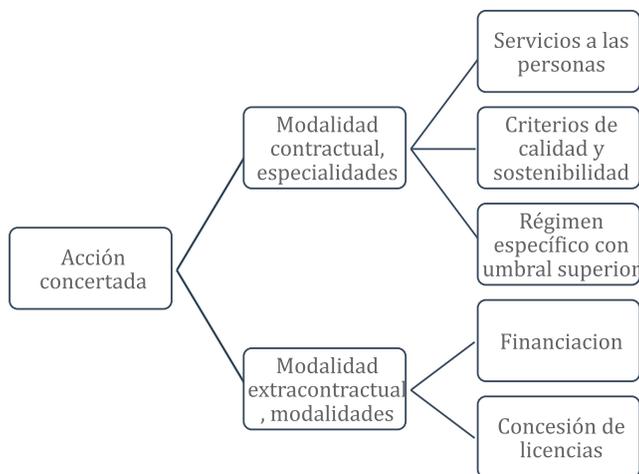
En realidad, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, contempla dos posibilidades: una contractual, con un tratamiento específico, y otra extracontractual.

El tratamiento contractual específico se deduce del artículo 76.2 de 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, dispone que *los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales*.

Y también del considerando (114), que dispone que *determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular*

que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Pero la Directiva también contempla la posibilidad de que este tipo de servicios se presten con fórmulas no contractuales, puesto que el último párrafo del considerando (114) de la Directiva reconoce que los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.



Aunque la acción concertada tampoco es nueva. Ya el artículo 130.1 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña, contempla la acción concertada como aquella que *tiene por objeto el fomento y la promoción por una entidad local de actividades sociales o económicas de interés público, con carácter plurisubjetivo y de interés común para el sector concertado.* Si bien el apartado 2 del citado artículo 130 del Decreto 179/1995, se refiere más bien a *finés de política del suelo o localización industrial, saneamiento ambiental o hidráulico, entre otros.*

Actualmente, prácticamente todas las Comunidades Autónomas tienen una regulación propia en materia de acción concertada:

- Aragón: Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario
- Asturias: Ley del Principado de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sobre

- acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.
- Baleares: Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la comunidad autónoma de las Illes Balears
 - Castilla La Mancha: Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha.
 - Canarias: Decreto 144/2021, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del concierto social en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias.
 - Cataluña: Decreto 69/2020, de 14 de julio, de acreditación, concierto social y gestión delegada en la Red de Servicios Sociales de Atención Pública
 - Galicia: Decreto 229/2020, de 17 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de conciertos sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia
 - Castilla y León: Decreto 3/2022, de 17 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico del concierto social en determinados ámbitos del Sistema de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública de Castilla y León.
 - Extremadura: Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura
 - Navarra: Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.
 - Comunidad Valenciana: Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social.
 - Murcia: Decreto n.º 62/2019, de 3 de mayo, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia, en materia de protección y reforma del menor.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, el citado Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, define la acción concertada como *la forma de provisión específica de servicios sociales, en aquellos sectores de la acción social y servicios que se establecen en este decreto, diferente a la gestión directa e indirecta* (art.3.a)

El artículo 4.1 del Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, establece los principios generales de la acción concertada:

- a) *Subsidiariedad, conforme al cual la acción concertada con entidades privadas sin ánimo de lucro estará subordinada, con carácter previo, a la utilización óptima de los recursos propios.*
- b) *Solidaridad, potenciando la implicación de las entidades del tercer sector en la prestación de servicios de carácter social a las personas.*
- c) *Igualdad, garantizando que en la acción concertada quede asegurado que la atención que se preste a las personas usuarias se realice en plena igualdad con aquellas que sean atendidas directamente por la administración.*
- d) *Publicidad, previendo que las convocatorias de solicitudes de acción concertada sea objeto de publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.*
- e) *Transparencia, difundiendo en el portal de transparencia los acuerdos de acción concertada en vigor en cada momento.*

- f) No discriminación, estableciendo condiciones de acceso a la acción concertada que garanticen la igualdad entre las entidades que opten a ella.*
- g) Eficiencia presupuestaria, fijando contraprestaciones económicas a percibir por las entidades concertadas de acuerdo con las tarifas máximas o módulos que se establezcan, que cubrirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de prestación del servicio, sin incluir beneficio industrial.*
- h) Participación activa y efectiva de las personas que utilizan los servicios, por sí o a través de sus representantes legales, junto con los y las profesionales y la estructura de dirección, desde la planificación de las actividades hasta la evaluación de la atención prestada.*

Pero en la Comunidad Autónoma Valenciana, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, la acción concertada se reserva a la Generalitat Valenciana y a sus entes dependientes (art.2.1), siendo más restringido para las Entidades Locales, dado que el artículo 2.2 del citado Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, dispone que *las administraciones públicas de ámbito municipal, supramunicipal y provincial, incluidas en el sistema público valenciano de servicios sociales, podrán asimismo proveer de aquellas prestaciones previstas en el catálogo de servicios sociales y servicios de su titularidad, con arreglo a lo dispuesto en la ley y este marco normativo, conforme al ámbito de sus competencias y ámbito territorial.*

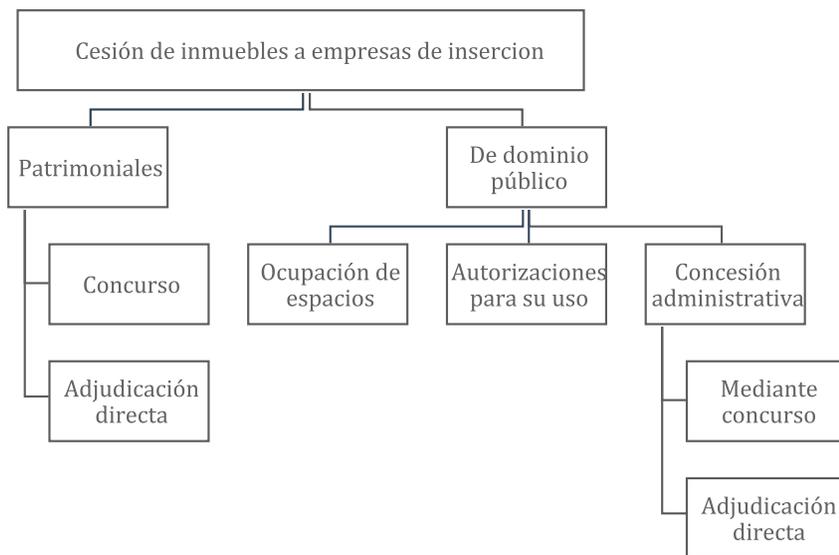
Mucho más amplia es, por ejemplo, la legislación de Asturias que directamente el artículo 1.2 de la Ley del Principado de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sin tapujos establece la aplicación de la Ley a la *Administración del Principado de Asturias, a las entidades locales comprendidas en su territorio y a sus respectivos sectores públicos.*

Por tanto, no cabe duda, de que la acción concertada es también una fórmula idónea, quizás más y mejor, que los contratos reservados, para cumplir dos objetivos: la prestación de servicios públicos de carácter social y que sean las Empresas de Inserción los instrumentos idóneos para la prestación de este tipo de servicios públicos. Sería recomendable, pues, que la ley valenciana incluyera la posibilidad de su uso por las Entidades locales.

4. Cesión de inmuebles e instalaciones a las empresas de inserción

Para el cumplimiento de los objetivos de las Empresas de Inserción es necesario que estas cuenten con los medios personales y materiales necesarios. Entre ellos cobran gran importancia los inmuebles e instalaciones y las Administraciones Públicas son titulares de muchos inmuebles que no están destinados a ninguna finalidad, ni se presta en ellos ningún servicio, por lo que podrían darse un destino adecuado si se ceden a las Empresas de Inserción.

Vamos pues a realizar unos comentarios sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas, fundamentalmente las Entidades Locales, puedan ceder inmuebles e instalaciones a las Empresas de Inserción.



En primer lugar, es necesario distinguir qué tipo de inmuebles o mejor dicho, qué naturaleza jurídica tienen los inmuebles que se pretenden ceder.

La primera y más básica clasificación de los bienes en las Administraciones Públicas es la de bienes patrimoniales y bienes de dominio público. Así el artículo 4 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), dispone que *por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales.*

Y en el mismo sentido, el artículo 2.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBELL-, dispone que *los bienes de las Entidades locales se clasificarán en bienes de dominio público y bienes patrimoniales.*

La clasificación de los bienes determina su régimen jurídico y el de su utilización, por lo que debemos analizar cada régimen jurídico para determinar las formas posibles de cesión.

a. Bienes patrimoniales

La definición de los bienes patrimoniales lo es por exclusión, es decir, con carácter general, son bienes patrimoniales aquellos que no son de demaniales (que no son de dominio público).

Así el artículo 7.1 de la LPAP, dispone que *son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales.*

Y en el mismo sentido, el artículo 6.1 del RBEELL establece que *son bienes patrimoniales o de propios los que siendo propiedad de la Entidad Local no estén destinados a uso público ni afectados a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la Entidad.*

El régimen jurídico general de este tipo de bienes se rige por la legislación propia del derecho privado, puesto que la Administración, salvo excepciones, actúa en este tipo de bienes desprovista de sus facultades del *ius imperium*.

Por eso, el artículo 6.2 del RBEELL dispone que *los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado.*

Pero, como en otros aspectos del funcionamiento de las Administraciones Públicas, podemos aplicar la regla de los actos separados. Es decir, la Administración Pública aplicará las normas de Derecho Público para los procedimientos y competencia sobre la adquisición y enajenación este tipo de bienes; mientras que el régimen aplicable a la utilización es el propio de las normas de Derecho Privado.

Así el artículo 7.3 de la PAP, dispone que *el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico.*

La Ley de Patrimonio establece una serie de principios relativos a la gestión de los bienes patrimoniales (art.8.1 LPAP):

- a) *Eficiencia y economía en su gestión.*
- b) *Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c) *Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d) *Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*
- e) *Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.*

Pues bien, con estas consideraciones, el artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece como procedimiento ordinario para la explotación de los bienes y, por tanto para su cesión el concurso, aunque también cabe la adjudicación directa; al disponer que *los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de*

acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.

Es evidente que el concurso como forma de cesión de los bienes es adecuada, porque no se sujeta la adjudicación sólo al criterio económico, debiendo valorarse otros aspectos como los propios de los objetos de las Empresas de Inserción, en un sentido parecido a como lo hace la propia legislación contractual al establecer los contratos reservados para este tipo de Empresas, precisamente por el objeto social que cumplen. Pero no podemos despreciar la adjudicación directa, en la que la norma exige que se justifique suficientemente esta adjudicación sin procedimiento licitatorio.

En este sentido, el artículo 82 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, regula el procedimiento para la adjudicación directa de los bienes patrimoniales, estableciendo los siguientes requisitos:

- Deberá aportarse al expediente una memoria que justifique los motivos que aconsejan la explotación del bien o derecho
- La memoria deberá contener las causas por las que se acude a su adjudicación directa
- Se requerirá informe previo, en su caso, de los servicios técnicos correspondientes.
- A la memoria debe unirse la documentación relativa a la personalidad y capacidad de quien interesa la explotación, que será la Empresa de Inserción.
- Lógicamente se tiene que identificar el bien o derecho que se cede, tanto técnica como jurídica, incluyendo en su caso las certificaciones registral y catastral
- Deben especificarse las condiciones de la explotación, con expresa mención del precio o de la renta derivada de la explotación.
- Debe emitir informe el órgano de Asesoramiento jurídico
- También el informe de la Intervención Municipal si el valor de los bienes supera 1.000.000 de euros.

Por tanto, la adjudicación directa a Empresa de Inserción entendemos que es viable dado que estas carecen de ánimo de lucro y que su finalidad es la de inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Podemos concluir este apartado diciendo que la cesión de bienes de carácter patrimonial de las Administraciones Públicas a las Empresas de Inserción es posible bien mediante la adjudicación directa, bien mediante concurso en el que se considere la finalidad de este tipo de Empresas.

a. Bienes de dominio público

Los bienes de dominio público se definen en el artículo 5.1 de la LPAP, según el cual *son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuen-*

tren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

Vemos, por tanto, que los bienes de dominio público están afectados a un uso o a un servicio público.

Concretamente el artículo 3.1 del RBEELL, considera como bienes de *uso público local* los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras publicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local.

Y el artículo 4 del RBEELL considera como *bienes de servicio público* los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos.

Lo natural es que se pretendan ceder bienes demaniales de servicio público, es decir edificios y construcciones, pero es más difícil la cesión de los bienes de uso público como calles, fuentes, etc., salvo supuestos muy concretos de ocupación de este tipo de dominio público para finalidades muy concretas.

La primera y básica consideración es que nadie puede utilizar bienes de dominio público sin el título que le habilite para dicha utilización (art.84 LPAP), por lo menos en lo que exceda del uso general.

A estos efectos las normas distinguen varios tipos de uso (art.75 RBEELL):

- Uso común: se considera uso común de los bienes de dominio público cuando su utilización por unos no impide la utilización por parte de los demás interesados, siendo un uso igual e indistinto para todos los ciudadanos:
 - El uso común puede ser general cuando no concurren circunstancias singulares (por ejemplo, caminar por las calles)
 - El uso común será especial cuando concurren circunstancias de peligrosidad, intensidad, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste (art.85.2 LPAP).
- Uso privativo: cuando la ocupación de una porción del dominio público limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados.

Los títulos habilitantes son distintos en función de la utilización de los bienes, así (art.86 LPAP):

- El uso común general de los bienes no requiere título alguno, debiendo realizarse de conformidad con las disposiciones que sean de aplicación.
- El aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instala-

ciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión.

- El uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.

La LPAP contempla también unos usos distintos a los tradicionales:

- **Ocupación de espacios en edificios administrativos:** La ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado podrá admitirse, con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos, o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos. Esta ocupación no podrá entorpecer o menoscabar la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él, y habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, si se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas, o por un contrato que permita la ocupación formalizado de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art.89 LPAP). Dado el objeto de las empresas de inserción, entendemos que este tipo de usos es especialmente interesante, por cuanto la finalidad de las Empresas de Inserción es precisamente la inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.
- **Las autorizaciones sobre bienes de dominio público** (art.92 LPAP): Estas autorizaciones se otorgarán directamente a los petitionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen. Las autorizaciones habrán de otorgarse por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, será de cuatro años. Y dadas las características de las Empresas de Inserción, cabe citar el apartado 5 del artículo 92 de la LPAP, que permite que estas autorizaciones sean gratuitas cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para la persona autorizada o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento suponga condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla.

- La concesión administrativa

Sin duda la forma más habitual, por su estabilidad en el tiempo, es la concesión administrativa, dado que el plazo máximo de duración es de 75 años.

La regla general es que la concesión administrativa se otorgue mediante un procedimiento de concurrencia. Pero el artículo 93.1 de la LPAP permite el otorgamiento directo de la concesión en los supuestos previstos en el artículo 137.4 de la propia LPAP.

Y el artículo 137.4 de la LPAP expresamente contempla la adjudicación directa cuando el adjudicatario sea una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública (letra b), y cuando el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general.

Por tanto, entendemos que es posible la adjudicación directa de la concesión administrativa.



GENERALITAT
VALENCIANA

LABORA
Servei Valencià d'Ocupació i Formació



aulaempresocial
UVemprèn VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA