



Expediente 24/20

Materia: Subrogación de trabajadores.

ANTECEDENTES

La Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Pelabravo ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“En el año 2014 se licitó el servicio de limpieza y mantenimiento de zonas verdes del municipio. Dicho contrato tenía establecido un plazo de 2015 a 2018 con la posibilidad de prórroga de 1 año.

El contrato finalizó el pasado 31 de diciembre de 2019. Debido a la situación de COVID-19 no se ha podido proceder a licitar el nuevo contrato hasta la fecha actual.

Cuando se ha requerido al contratista anterior la información correspondiente al artículo 130 de la LCSP se ha comunicado un número de personal adscrito notablemente superior al importe del contrato.

Solo los gastos de personal son el doble que el importe del contrato a licitar.

Se ha comprobado que en el documento de oferta presentado en 2015 adscribe más personal del inicialmente previsto.



Ante la posible subrogación del contrato ¿a quién corresponde determinar el personal a subrogar, por lo menos en cuanto a su número y sobre todo en relación a cuál, al establecido en el PPT o al establecido por el licitador en su oferta? Máxime teniendo en cuenta que la empresa a la que se adjudicó el contrato, asociación de interés público como centro de empleo de personas con discapacidad, al adscribir más personal del determinado por el PPT pudiera pretender con dichas medidas

1.- evitar la concurrencia de empresas propias del sector al funcionar con un régimen de seguridad social y ayudas diferente.

2.- deshacerse del citado personal en el caso de subrogación.

Al haber finalizado en contrato a 31 de diciembre de 2019 ¿debe éste resolverse? ¿Qué sucede con el personal adscrito al mismo?

El posible nuevo adjudicatario ¿qué trabajadores debe subrogar? ¿los inicialmente previstos en el PPT o los que el anterior contratista se comprometió a adscribir?

Para la subrogación como unidad o entidad económica este ayuntamiento entiende que no solo debe subrogarse el personal sino a su vez la totalidad de los medios adscritos al contrato, es decir, también la maquinaria. ¿es eso correcto?

Teniendo conocimiento de que la adscripción de medios personales y maquinaria exclusivamente adscritos al servicio no se ha cumplido ¿Cómo debe procederse?"



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Pelabravo se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado formulando diversas cuestiones en relación con la subrogación de personal y medios materiales en el nuevo contrato de servicios de limpieza y mantenimiento de zonas verdes que el municipio va a licitar y que va a sustituir al que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2019.

Lo primero que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00),



de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

En consecuencia, esta Junta no va resolver las cuestiones específicas y concretas planteadas, sino que, en congruencia con lo antes expuesto, reconducirá la consulta a los términos generales en que debemos pronunciarnos.

2. En la primera de las preguntas que nos realiza la entidad consultante se nos cuestiona a quién corresponde determinar el personal que se ha de subrogar en el nuevo contrato y las condiciones bajo las cuales ha de realizarse la subrogación.

Lo primero que cabe advertir para tratar estas cuestiones es el carácter autónomo de cada uno de los contratos (el anterior ya extinguido y el que se va a licitar), carácter que ya reconocimos en nuestro informe 1/2020, de 16 de marzo. En el mismo informe también aludimos al amplio margen de discrecionalidad con el que cuenta el órgano de contratación a la hora de perfilar los requerimientos o condiciones bajo los cuales ha de ejecutarse el contrato, que siempre han de quedar vinculados a su objeto. Indicamos entonces que *“todo ello permite al órgano de contratación ajustar tales condiciones a sus necesidades concretas, que pueden haber variado con el tiempo, seleccionando solo aquellas que considere necesarias a los efectos de*



la ejecución del nuevo contrato, y todo ello sin perjuicio de las obligaciones que la empresa que vaya a ejecutar el contrato pudiera tener que asumir conforme a la legislación laboral con los trabajadores anteriores, incluso en el caso de subrogación obligatoria conforme al artículo 130 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.” Todo ello llevó a esta Junta Consultiva a concluir que “en caso de que se lleve a cabo una nueva licitación, el nuevo procedimiento es independiente de los anteriormente realizados, sin perjuicio de las obligaciones laborales que deriven de la normativa. Por tanto, el coste que representó la inclusión en los pliegos de determinados criterios de valoración y de determinadas condiciones especiales de ejecución no son de inclusión obligatoria en el nuevo pliego que se prepare.”

En consecuencia, debe ser el órgano de contratación el que, conforme a sus específicas necesidades, que en todo caso deben ser congruentes con el interés público que el nuevo contrato tratará de satisfacer, determine el personal que necesita para la ejecución de este nuevo contrato y las condiciones bajo las cuales ha de realizarse la subrogación, respetando la obligación legalmente establecida al respecto en los términos que posteriormente analizaremos. Este criterio es el mismo que se puede observar en alguna de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, como la nº 509/2020, de 2 de abril de 2020, en que se señala lo siguiente:

“La obligación de subrogación de los trabajadores es una cuestión ajena al órgano de contratación, que imponen, en su caso, las normas legales, los convenios colectivos o los acuerdos de negociación colectiva (artículo 130 LCSP), respecto de la cual se debe ofrecer información en los pliegos, pero que en modo alguno limita la libertad del órgano de contratación para delimitar el objeto del contrato conforme a sus necesidades. Una cosa es que la Administración tenga



en cuenta en determinados contratos los salarios establecidos por los convenios colectivos aplicables e, incluso, la antigüedad y los pactos individuales en vigor que afecten al personal a subrogar, a efectos del cálculo de un presupuesto base de licitación que se adecue a los precios del mercado, y otra bien distinta es que la Administración pierda de alguna manera la competencia de poder determinar el número de horas que son necesarias para realizar correctamente la prestación, que es lo que sucede en el presente caso.” Este es el sentido también de la Resolución 156/2019, en la que el Tribunal indica que la Administración contratante no está vinculada por los contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que se licita.

3. En un caso como el que nos atañe debemos partir de dos hechos que se mencionan en la consulta. El primero de ellos es que el contrato ya se ha extinguido, lo que veda cualquier análisis de la posibilidad de resolución en este momento, al tratarse de un contrato ya extinguido. El segundo de los hechos que han de tenerse en consideración es que, aunque la explicación de la entidad contratante resulta parca en este aspecto, sí parece claro que la adscripción de medios personales realizada por el contratista no fue congruente con las necesidades del órgano de contratación plasmadas en el pliego de prescripciones técnicas, las cuales fueron aceptadas con efecto vinculante por el contratista al realizar su proposición contractual. Se trató, en efecto, de un incumplimiento de las condiciones del contrato que debió ser oportunamente advertido por el órgano de contratación y respecto del cual se debieron tomar las medidas oportunas durante la vigencia del contrato ahora extinguido.

En efecto, las cuestiones referidas a la selección del contratista y a la ejecución del primer contrato debieron resolverse con el contratista durante su



respectivo trascurso, ateniéndose a lo previsto en los documentos contractuales que lo regían y con arreglo a la legislación aplicable. En este sentido, si como se apunta en la consulta, el contratista presentó una oferta que excedía de las necesidades de la entidad contratante, debió valorarse a los efectos de determinar si tal oferta cumplía el pliego de prescripciones técnicas acordando, en caso de no ser así, su exclusión de la licitación.

Si, por el contrario, lo que ha acontecido es que el contratista incumplió durante la ejecución del contrato su compromiso de adscripción exclusiva de medios personales y materiales, la consecuencia debió ser la prevista en el contrato para los incumplimientos del mismo, incluidas las posibles penalidades a aplicar. Lógicamente, el meritado contrato ya se ha extinguido y, según parece, no se adoptó en su seno ninguna medida para evitar una adscripción de medios personales no autorizada.

4. Sentadas las anteriores premisas, cabe ya analizar la cuestión de cuál debe ser el alcance de la subrogación del personal y de los medios materiales del contrato anterior.

Para resolver esta cuestión no cabe sino volver al carácter autónomo del nuevo procedimiento de selección y del nuevo contrato público. Conforme a este carácter y al amplio margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano de contratación para satisfacer exclusivamente las necesidades de interés público que el contrato público ha de servir, cabe concluir que el órgano de contratación es el único que ha de determinar si ciertamente el total de trabajadores que vinieron desarrollando la prestación es necesario en el momento presente, bien por razón de su número o bien por mor de la forma en que se desarrollaba la prestación, y no queda vinculado por los términos



en que se desarrolló la prestación del contrato ya extinguido si los mismos ya no responden a sus necesidades debidamente analizadas y justificadas en la memoria del contrato. Esta conclusión, que resulta válida en términos generales, lo es aún mucho más cuando nos encontramos con supuestos como el mencionado en la consulta en que ha podido existir, bien un error en la selección del contratista, bien una patente irregularidad en la forma de ejecución del contrato. Tales patologías no pueden, por principio, vincular a la Administración contratante de cara a futuras licitaciones.

Una vez definidas tales necesidades concretas del órgano de contratación, y operando tales necesidades como límite de la subrogación que corresponda, ha de determinarse la forma de proceder a la obligatoria subrogación de los trabajadores que realizaron la prestación del contrato ya extinguido, para lo cual resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP. A estos efectos cabe destacar lo siguiente:

- Como resulta plenamente aceptado por la doctrina de esta Junta (por ejemplo, en el informe 61/2019) y como se recoge en el tenor literal del apartado 1 del artículo 130, la premisa para su aplicación es que la subrogación venga impuesta por una norma legal, por un convenio colectivo o por un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.
- El ámbito de la subrogación comprende a los trabajadores del contratista inicial que vinieran desarrollando su actividad en ejecución del contrato.
- Teniendo en cuenta que la empresa prestadora del servicio era un Centro Especial de Empleo, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 130, a tenor del cual “*Cuando la*



empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la única conclusión posible es que en casos como el planteado procede exclusivamente la subrogación de aquellos trabajadores que respondan a las necesidades reales del órgano de contratación y, dentro de ellos, con preferencia de aquellos que tengan la condición de personas con discapacidad y vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

La existencia de una negligencia en la selección del contratista o de una indebida ejecución del contrato no puede extender la obligación legal de subrogación más allá de las estrictas necesidades de interés público que el órgano de contratación ha de servir mediante el contrato que va a licitar, de modo que dichas irregularidades no pueden operar como elemento condicionante de las características de la nueva prestación ni del gasto público que el contrato ha de suponer, todo ello sin perjuicio de las relaciones internas que ligen a la empresa con sus trabajadores, aspecto completamente ajeno a la responsabilidad de la Administración.

5. Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la subrogación de los medios materiales empleados en el primer contrato, lo primero que cabe advertir es que no hay una previsión en la LCSP respecto a la subrogación obligatoria de tales medios materiales. Corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en la documentación contractual de cada contrato regular el



destino a la conclusión del mismo de los medios materiales necesarios para su ejecución y de su posible puesta a disposición del nuevo contratista para la ejecución del nuevo contrato. Resulta necesario, en este sentido, que los nuevos pliegos prevean los medios materiales necesarios para la ejecución del contrato de acuerdo con las necesidades definidas por la entidad pública contratante, para lo cual será posible hacer constar en ellos que el nuevo contratista podrá disponer de los medios que, en su caso, hubieran quedado a disposición de la Administración a resultas de la extinción del primer contrato.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. La determinación del número de trabajadores necesarios para la ejecución de un contrato público debe fundarse en las necesidades de interés público que tal contrato sirve. Tanto esta determinación como la de la forma en que proceda la subrogación obligatoria del personal adscrito a un contrato precedente corresponde al órgano de contratación, siempre conforme a tales necesidades, y según lo establecido en la ley y en los convenios colectivos que sean de aplicación.
2. En casos como el planteado procede exclusivamente la subrogación de aquellos trabajadores que respondan a las necesidades reales del órgano de contratación y, dentro de ellos, con preferencia de aquellos que tengan la condición de personas con discapacidad y vinieran



desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

3. La LCSP no regula la subrogación de medios materiales en la sucesión de contratos de servicios, debiéndose estar a este respecto a lo que dispongan los pliegos del contrato previo respecto a su puesta a disposición para la prestación del servicio por el nuevo contratista.