



Recurso 74/2022 C.A. Cantabria 1/2022

Resolución nº 367/2022

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de marzo de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.C.P., en representación de la mercantil AGESMICAR, S.L., contra los pliegos del procedimiento relativo al *“Contrato de servicios del centro de día de atención de menores ‘El Asubio’, con dos lotes (Lote 1: Servicio de Centro de día; Lote 2: Servicio de Transporte Centro de día)”*, con expediente nº 1-2021, convocado por la Mancomunidad de Los Valles de San Vicente, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Mancomunidad de los Valles de San Vicente convocó la licitación para la adjudicación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de *“Contrato de servicios del centro de día de atención de menores “El Asubio”, con dos lotes (Lote 1: Servicio de Centro de día; Lote 2: Servicio de Transporte Centro de día”* con un valor estimado de 246.818,20 euros y una duración inicial de un año —con posibilidad de prórroga— habiendo sido objeto de publicación en la Plataforma de Contratación el 28 de diciembre de 2021.

El objeto del contrato se ha fragmentado a los efectos de la adjudicación en dos lotes, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), constituyendo el objeto de cada lote una unidad funcional susceptible de realización independiente y, denominándose cada uno de ellos de la manera siguiente:

- Lote 1. Servicio de Centro de día
- Lote 2. Servicio de Transporte Centro de día.



Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo.

Tercero. En fecha 18 de enero de 2022 se interpuso el presente recurso especial frente al Pliego de cláusulas Administrativas Particulares y en concreto la cláusula 26 “*Obligaciones Laborales Mínimas a cumplir por el adjudicatario y Condiciones Especiales de Ejecución del contrato*”, en relación con el lote nº2.

Cuarto. El Presidente de la Mancomunidad remitió en fecha 24 de enero de 2022 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiéndose presentado en fecha 3 de febrero de 2022 por D. M.A.O.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46.2 LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 24 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).



Segundo. Por lo que se refiere a la legitimación de para interponer el presente recurso de AGESMICAR, debe entenderse que concurre en el mismo el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP en cuanto ha presentado oferta en el procedimiento.

Tercero. El acto objeto de recurso son los pliegos de la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, debe considerarse como susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) en relación con el 44. 2.a) de la LCSP.

Cuarto. Por lo que se refiere al plazo de interposición, se cumple lo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. El recurrente se alza frente al PCAP (cláusula 26 del cuadro de características del contrato), que al regular las obligaciones laborales mínimas a cumplir por el adjudicatario y condiciones especiales de ejecución del contrato, omite cualesquiera información sobre las condiciones subrogación de los contratos de los trabajadores a los que pueda afectar la nueva adjudicación de este contrato, conforme exige el artículo 130 de la Ley 9/2.017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, sin que tampoco aparezca mención alguna a tal respecto en el resto del PCAP.

En concreto, manifiesta que *“La entidad mercantil ahora recurrente ‘AGESMICAR, S.L.’, que tiene además la condición de Centro Especial de Empleo (DOCUMENTO Nº. 5), es prestataria del servicio, promovido por la Entidad Contratante Mancomunidad de los Valles de San Vicente y consistente en servicio de transporte del CD El Asubio, en la cantidad de 40 euros, que se verá incrementado en 4 euros que corresponden al 10% del I.V.A., lo que supone un total de 44 euros, tal y como acredita las facturas adjuntas. (DOCUMENTO Nº. 6)”*.

Además, indica, *“en materia de condiciones laborales que rigen en la ejecución del antedicho Contrato Menor, es de aplicación el XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (aprobado por Resolución de 27-VI-2.019 del Director General de Trabajo y publicado en el Boletín Oficial del Estado núm.*



159 de 4-VII-2.019, páginas 71695 a 71766: DOCUMENTO Nº. 7), cuyo artículo 27 contempla la 'Subrogación empresarial y cesión de trabajadores y trabajadoras':

'1. Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del Convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.

La citada subrogación se producirá en la totalidad de los derechos y obligaciones de los trabajadores y trabajadoras, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicara la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía.

La subrogación se producirá respecto del siguiente personal:

a) Trabajadores/-as en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los tres últimos meses, sea cual fuere la naturaleza de la relación laboral y la modalidad contractual...

2. En cualquier caso la relación laboral entre la empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación a la nueva adjudicataria...

11. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a..."

Que la mercantil presentó en fecha 11 de enero de 2022 escrito (DOCUMENTO Nº. 8) comunicando al órgano de contratación que la ejecución actual del contrato de servicio de



transporte dimanante, al que viene en sustituir la nueva licitación, se está realizando por AGESMICAR, S.L. con un empleado que ostenta la categoría de conductor, con un contrato indefinido, a tiempo completo y antigüedad desde el 9 de enero de 2019, percibiendo 1345 euro mensuales (pagas incluidas).

Entiende, por tanto, que la referida Cláusula 26ª, relativa a las Obligaciones Laborales Mínimas a cumplir por el Adjudicatario y Condiciones Especiales de Ejecución del Contrato, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige el Expediente nº. 1-2021, es nula de pleno derecho al infringir los principios de publicidad, transparencia, igualdad, no discriminación, selección de la oferta económicamente más ventajosa y, sobre todo, de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), ya que dicha estipulación, al igual que el resto del Pliego, omite el deber de informar por parte del Órgano de Contratación a los licitadores —que impone el artículo 130 de la Ley de Contratación del Sector Público— respecto a la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva así lo imponga, y más en concreto, la falta de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación, manifiesta que *“... la Mancomunidad los Valles de San Vicente no había licitado previamente el servicio nunca, y de hecho el mismo se venía prestando por diferentes mercantiles a lo largo de los años que carecen de contrato formal con la Mancomunidad, tratándose de un encargo verbal. La última de ellas es AGESMICAR S.L, quien desde diciembre de 2020 factura por dicho servicio con carácter mensual”* y que *“tratándose de una contratación verbal estamos ante una vía de hecho sin que se pueda hablar de adjudicación previa ni de expediente de contratación administrativo previo”*.

No se pronuncia, sin embargo, sobre la aplicabilidad del Convenio Colectivo invocada por el recurrente.

Séptimo. En las alegaciones formuladas por D. M.A.O., se indica que



“La recurrente pretende que se obligue a la entidad adjudicadora a que incluya en el contrato a un trabajador de su empresa, dedicada al transporte de pasajeros.

Para ello sostiene, sin explicar absolutamente nada ni circunstancia alguna, que dicho trabajador, a tiempo completo, pertenece al servicio y está adscrito al convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Lo primero que llama la atención es que no se aportan ni el contrato de trabajo ni las nóminas del trabajador, lo que podría orientarnos sobre la realidad de dicha manifestación.

Y es que no parece que sea así y ello porque el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad sólo habla de transporte cuando se refiere a conductores que pertenecen al personal de servicios generales del Centro en cuestión y no al personal externo que preste el servicio.

En consecuencia, decae toda la argumentación sobre la subrogación de personal por cuanto ni el Convenio susodicho es aplicable ni se trata de personal que pertenezca al centro cuya contratación se insta, sino al de otra empresa.

De hecho, el Servicio de transporte se licita de forma independiente al del Servicio del Centro de Día (página segunda del pliego) ergo el transporte no pertenece ni está ligado al centro, sino que es un servicio independiente”.

Octavo. Expuestas las posiciones de las partes, este Tribunal no comparte lo manifestado por el recurrente, debiendo desestimar sus pretensiones.

1. El artículo 130 de la LCSP, que se refiere a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, dispone en los apartados primero y segundo que (el subrayado es nuestro)

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano



de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

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".

2. Por su parte, la Cláusula 26ª del P.C.A.P. se establece por lo que a nuestro recurso interesa que:

"1.- El presente contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes y que resulten de aplicación en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo. El contratista realizará todos los servicios incluidos en este contrato, garantizando en todo momento que el servicio se presta con el personal preciso, con independencia de los derechos sociales, de los



trabajadores (permisos, vacaciones, licencias) o de las bajas que se produzcan, realizando a tal efecto las contrataciones de personal que sean precisas y en la modalidad que legalmente le corresponda.

2.- La empresa adjudicataria se sujetará estrictamente a la normativa vigente en materia social y laboral siendo a su cargo todos los gastos derivados de su cumplimiento. A este fin se confeccionarán los documentos TC1 y TC2 correspondientes a los que en su caso los sustituyan y se realizaran las cotizaciones que procedan a la Seguridad Social, retenciones del I.R.P.F., etc.

3.- Corresponde exclusivamente a la empresa contratista la selección del personal, que reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en estos pliegos, formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato, sin perjuicio de la verificación por parte de la entidad contratante del cumplimiento de aquellos contratos. La empresa contratista procurará que exista estabilidad en el equipo de trabajo, y que las variaciones en su composición sean puntuales y obedezcan a razones justificadas, en orden a no alterar el buen funcionamiento del servicio informando en todo momento a la entidad contratante.

4.- La empresa contratista asume la obligación de ejercer de modo real, efectivo y continuo sobre el personal integrante del equipo de trabajo encargado de la ejecución del contrato, el poder de dirección inherente a todo empresario. En particular, asumirá la negociación y pago de los salarios, la concesión de permisos, licencias y vacaciones, las sustituciones de los trabajadores en casos de baja o ausencia, las obligaciones legales en materia de Seguridad Social, incluido el abono de cotizaciones y el pago de prestaciones, cuando proceda, las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales, el ejercicio de la potestad disciplinaria, así como cuantos derechos y obligaciones se deriven de la relación contractual entre empleado y empleador.

5. La empresa contratista velará especialmente porque los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato desarrollen su actividad sin extralimitarse en las funciones desempeñadas respecto de la actividad delimitada en estos pliegos como objeto del contrato...



8.- La Mancomunidad no tendrá relación jurídica ni laboral de tipo alguno con el personal adscrito a este contrato, perteneciente a la empresa adjudicataria durante la vigencia del contrato, ni a su terminación. En ningún momento, la Mancomunidad se subrogará en las relaciones contractuales entre el contratista y el citado personal de la entidad adjudicataria, ya sea por extinción de la sociedad, quiebra, suspensión de pagos, rescate o cualquier otra causa que dé lugar a la terminación del contrato entre las que se encuentra el cumplimiento del plazo de ejecución...

11.- De acuerdo con el artículo 202 de la Ley 9/2017 como condiciones especiales de ejecución se establecen las siguientes:

1) Favorecer la formación en el lugar del trabajo

2) Garantizar el cumplimiento de los convenios sectoriales y territoriales aplicables

En el caso de no cumplir con estas condiciones especiales de ejecución cabe la posibilidad de establecer penalidades conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192.1 de la Ley 9/2017 que serán proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, I.V.A. excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”.

3. Pues bien, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 2019 invocada por el propio recurrente, sólo en estos casos de previsión legal o convencional, procede incluir en el pliego de condiciones la cláusula de subrogación con toda la información que exige el artículo 130 L.C.S.P.

Por tanto, si el cambio de contratista va acompañado de una transmisión de una “entidad económica” entendida en los términos del artículo 44 E.T, en una norma legal o en un Convenio Colectivo que resulte aplicable, procederá aplicarse la inclusión en el P.C.A.P. de información sobre el deber de subrogación para su mejor conocimiento e información por los potenciales licitadores con el fin de evitar que puedan realizar ofertas económicas que, a partir de la carencia de información en el P.C.A.P., no tengan en



cuenta los costes reales del servicio y por consiguiente puedan alterar o distorsionar la licitación.

Expuesto cuanto acabamos de indicar, debemos examinar si en el supuesto que nos ocupa existe norma legal y convencional que imponga la obligación de subrogación invocada por el recurrente lo que se traduce determinar si procedía la misma bien por la consideración de Centro Especial de Empleo, bien por resultar de aplicación el Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

4. Ello no obstante, con carácter previo debemos indicar, saliendo al paso de las alegaciones formuladas por la Mancomunidad de los Valles de San Vicente, que el contrato verbal (cuya existencia se ha reconocido expresamente por el mismo) que sirve de sustento para la prestación del servicio objeto del contrato que nos ocupa desde diciembre de 2020 es perfectamente válido.

En efecto, no podemos olvidar que el artículo 1278 del Código Civil establece que *“Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*, lo cual debe cohonestarse con el artículo 1261 del mismo cuerpo legal que indica que *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”*.

Así las cosas, estando ambas partes *“contratantes de acuerdo sobre su objeto, precio y quieren realizar el mismo, éste resulta plenamente válido y despliega todos sus efectos respecto de ambos contratantes”*.

5. Volviendo a la existencia o no de norma legal y/o convencional que ampare las pretensiones del recurrente, debemos comenzar analizando si, a la vista del artículo 130.2 LCSP antes transcrito la consideración de Centro Especial de Empleo invocada por el recurrente puede suponer la exigencia de subrogación por ley.

Pues bien, en este sentido debemos citar nuestra Resolución 101/2020, de 23 de enero de 2020 (recurso 1311/2019), en la que señalábamos que *“A juicio de este Tribunal, la*



norma contenida en el artículo 130.2 de la LCSP debe ser interpretada conjuntamente con la regla general prevista en el artículo 130.1 de la LCSP. Así, entiende este Tribunal que solo en los casos en que proceda la subrogación con arreglo a la Ley, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general se aplicará la disposición del artículo 130.2 de la LCSP. De este modo, el sector del reparto de mercancías, transporte de mercancías y servicios de logística y paquetería tiene normativa convencional diseminada por toda la geografía nacional, existiendo un Acuerdo Marco relativo al transporte de mercancías por carretera, así como multitud de convenios colectivos de eficacia territorial limitada, ninguno de los cuales prevé la subrogación en caso de sucesión de empresa. Por ello, atendido que no procede la subrogación, al no estar ésta prevista en norma alguna, la regla del artículo 130.2 de la LCSP no resulta de aplicación, pues no procede la subrogación de trabajador alguno, sea o no trabajador discapacitado. Por tanto, solo en los casos en los que en el sector en que se presten los servicios se prevea la subrogación en caso de sucesión de empresas procederá la subrogación de los trabajadores con discapacidad por el nuevo empresario, aunque a éstos se les aplique un convenio distinto al del sector de actividad correspondiente (Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad)”.

Por tanto, según lo que acabamos de indicar, no puede considerarse que exista obligación legal de subrogación por el mero hecho de que el recurrente tenga la consideración de Centro Especial de Empleo

Y por lo que se refiere a la obligación convencional, derivada de la pretendida aplicación al supuesto que nos ocupa del XV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, en cuyo artículo 27 se prevé la subrogación empresarial y cesión de trabajadores y trabajadoras y las condiciones para llevarlo a cabo, debemos compartir las alegaciones formuladas por D. M.A.O., en el sentido de no entender de aplicación el citado Convenio colectivo.

En primer lugar, porque no habiendo aportado los datos relativos al contrato de trabajo ni las nóminas del trabajador, no puede entenderse justificado su adscripción al citado



Convenio. Antes bien al contrario, dedicándose la empresa recurrente al transporte regular de pasajeros por carretera parecería que fuera otro el Convenio aplicable a la misma.

En segundo lugar, porque el propio Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad sólo habla de transporte cuando se refiere a conductores que pertenecen al personal de servicios generales del Centro en cuestión y no al personal externo que preste el servicio.

En última instancia, como manifiesta el alegante, el Servicio de transporte se licita de forma independiente al del Servicio del Centro de Día, por lo que cabe inferir que el transporte no pertenece ni está ligado al centro, sino que es un servicio independiente.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse, entendemos que no procede incluir en el pliego de condiciones la cláusula de subrogación con la información que exige el artículo 130 L.C.S.P., resultando por tanto los pliegos objeto del presente recurso especial plenamente conformes a Derecho, por lo que procede desestimar el mismo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C.C.P., en representación de la mercantil AGESMICAR, S.L., contra los pliegos del procedimiento relativo al *“Contrato de servicios del centro de día de atención de menores ‘El Asubio’, con dos lotes (Lote 1: Servicio de Centro de día; Lote 2: Servicio de Transporte Centro de día)”*, con expediente nº 1-2021, convocado por la Mancomunidad de Los Valles de San Vicente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.