

Recurso 518/2024
Resolución 510/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, contra el anuncio de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Prestación del servicio de Atención Temprana en la provincia de Cádiz”, (Expte. CONTR 2024 0000524042), convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Consumo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de octubre de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del perfil. El valor estimado del contrato asciende a 40.983.667,20 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP. Asimismo, se registrará por las disposiciones del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la atención infantil temprana.

SEGUNDO. El 30 de octubre de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, (en adelante la recurrente), contra el anuncio de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales de la contratación referenciada.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que, fue posteriormente recibida en este Órgano el 5 de noviembre de 2024, si bien el informe al recurso se recibió el 6 de noviembre de 2024.

Por Resolución MC. 131/2024, de 31 de octubre, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, con suspensión igualmente del plazo de presentación de ofertas, del contrato citado en el encabezamiento de la presente resolución. La medida cautelar se tramitó a instancia de la ASOCIACIÓN

PATRONAL ANDALUZA DE ATENCIÓN TEMPRANA, en el curso de la tramitación del expediente de recurso especial en materia de contratación 446/2024, y tras acordarse la acumulación de los procedimientos tramitados en relación a las medidas cautelares de suspensión solicitadas, al guardar los citados procedimientos una identidad sustancial o íntima conexión.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que no se ha presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente, que según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación, para la interposición del presente recurso especial.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando determinados aspectos; relativos a la obligación de subrogación del personal adscrito a los servicios que constituyen el objeto del contrato, ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el anuncio, los pliegos y otros documentos contractuales de contrato de servicio cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el anuncio de licitación se publicó el 9 de octubre de 2024 en el DOUE y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas el mismo día, por lo que el recurso presentado en el registro de este Tribunal el 30 de octubre de 2024 se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 a) y b) de la LCSP.



QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la recurrente.

La entidad recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que *“Acogiendo nuestra argumentación, declare nulo y/o anulable y/o revoque y deje sin efecto los meritados Pliegos y, por ende, la Resolución que dispone el anuncio de la licitación, por ser contrarios a Derecho, y acuerde retrotraer las actuaciones para que el órgano de contratación inicie nuevo proceso de licitación, emita nuevos Pliegos observando las previsiones recogidas en el cuerpo de este escrito.”*

La recurrente formula el recurso especial por considerar que los pliegos que rigen la licitación y por ende el anuncio de la misma infringen los artículos 100 y 130 de la LCSP, por considerar *“en forzada síntesis, que no reúne los presupuestos mandados por la norma, al no incluirse un desglose real y pormenorizado de los costes asociados a la asunción del servicio que constituye el objeto del concierto social, teniendo en consideración que el art. 27 del convenio colectivo de referencia establece la obligación de subrogación del personal adscrito a la actividad.”*

Entiende que al existir *“en el convenio colectivo de referencia la obligación de subrogación al personal adscrito a los servicios que constituyen el objeto del contrato, deberá facilitarse a los licitadores la información sobre las condiciones de los contratos de trabajadores que afecte a la subrogación que resulte necesario para permitir una exacta evaluación de los costes laborales, debiendo constar, igualmente, que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.”*

La recurrente entiende que dicha información es preceptiva y necesaria para que las licitadoras interesadas en participar en la licitación tengan un conocimiento cierto y exacto de los costes que se asumen por la asunción del servicio, mientras que en el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), *“cabe destacar que por un lado, el convenio colectivo de referencia es el XV convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, siendo éste un extremo no controvertido, y por otro, que no se incluye información detallada del personal susceptible de subrogación y, por ende, de los costes reales que son asumidos actualmente por los actuales prestadores de servicios.*

A ello cabe añadir, que la estimación realizada por el órgano de contratación parte de los perfiles profesionales que considera necesarios para el desarrollo del servicio, sin computar la eventual antigüedad que puedan percibir los trabajadores, ni la posible exigencia de otros profesionales que puedan ser objeto de subrogación conforme al convenio colectivo. A estos efectos, se advierte que, la norma convencional establece una regla de subrogación que no queda limitada a los perfiles que defina la Administración en sus Pliegos, sino al personal adscrito al servicio en el momento de producirse el cambio de contratista.”

II. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso parte de que *“el precio está bien calculado, que no ha obviado información necesaria y que no procede la subrogación, habiéndose elaborado los Pliegos acorde a ello.”*

Así, respecto a la ausencia de inclusión del desglose de los costes asociados a la asunción del servicio que denuncia la recurrente, entiende que *“La finalidad de tal información no es otra que la de permitir a la persona licitadora formular un precio oferta. Sin embargo, en esta licitación, el precio no es un factor a tener en consideración, pues el mismo está previamente fijado, entendiéndose así que cualquier mejora de la oferta debe repercutir en otros aspectos de la oferta y no en una rebaja del precio unitario de licitación. Dicho de otro modo, la información que reclama incluir la recurrente en nada afecta a la elaboración y preparación de la oferta.”*



Por otro lado, afirma que la recurrente vincula los gastos derivados de la subrogación del personal con los costes laborales que deben formar parte del presupuesto base de licitación, oponiéndose a ello argumentando que *“los costes se han calculado considerando el personal necesario para ejecutar la prestación respondiendo así a las necesidades reales a la que se pretende dar cobertura con esta contratación.”*

Así, el órgano de contratación acepta que las contratistas tienen obligación de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación, ex artículos 201 y 35.1.n) de la LCSP, pero que la información que demanda la recurrente, derivada de la procedencia de la subrogación del personal, es improcedente.

A estos efectos el órgano de contratación rebate la procedencia de la subrogación del personal relacionándola con el objeto del contrato y con los medios que debe aportar la adjudicataria para su ejecución:

“La finalidad del contrato es la prestación del servicio de Atención Temprana por parte de los Centros de Atención e Intervención Temprana, (...). La prestación se concreta en unidades de sesión, que comprende la dotación de espacio y tiempo que se dedica a la persona menor en su tratamiento, apoyo y seguimiento, así como gastos administrativos y otros. Su objeto se materializa en un número determinado de sesiones que se realizan con los medios, tanto materiales como personales, de la que será contratista. Entre los medios materiales se encuentra el Centro de Atención e Intervención Temprana (CAIT), que deberá disponer de la preceptiva autorización de funcionamiento y cuya titularidad es y será de la persona adjudicataria. Igualmente, será ésta quien aporte los medios personales necesarios y suficientes, es decir, el equipo de terapeutas encargado de realizar la prestación. Estos medios vienen recogidos en el apartado IV del PPT.”

Igualmente entiende que no procede la subrogación del personal sobre la base del contenido de la cláusula 23 del PCAP que rige esta licitación, en consonancia con lo que ya se establecieron en contratos precedentes:

“23. Extinción del contrato.

El contrato se extingue por cumplimiento o por resolución. (...)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 308.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la resolución del órgano concertante por la que se acuerde la extinción del concierto social no puede producir la consolidación de la relación laboral o profesional de las personas que hayan realizado los trabajos como personal del órgano concertante”.

“23. Extinción del contrato. Año 2020

El contrato se extingue por cumplimiento o por resolución.

En todo caso, a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”.

Y asimismo, lo relaciona con lo dispuesto en el artículo 312 de la LCSP, que contiene las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, destacando que:

“f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. (...)”



En este sentido, menciona la Resolución aprobada por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas de 27 de octubre de 2010, en virtud de la Moción presentada por dicho Tribunal el 26 de febrero de 2009, en la que se indica que “en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos (...) de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas”, añadiendo que han de dictarse las “instrucciones pertinentes (...) de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos”.

También alude a la <<Recomendación 1/2012 de 4 de diciembre en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios emitida por la Comisión Consultiva de Contratación Pública. A ella nos debemos de remitir, instando su aplicación al presente caso. Resumidamente, se indican los siguientes extremos sobre los que se informa su aprecio en los presentes Pliegos:

1. Poner especial cuidado en identificar con claridad las prestaciones a contratar, que éstas no resulten similares a actividades comunes de la Administración y que en modo alguno impliquen el ejercicio de funciones reservadas a funcionarios públicos.

El servicio a contratar está bien definido en los Pliegos y memoria justificativa del expediente y no implican en modo alguno el ejercicio de funciones reservadas a funcionarios públicos.

2. Para la fase de ejecución del contrato ha de dejarse evidenciada la autonomía de las actividades contratadas con respecto al resto de las actividades de propias de la Administración, para ello puede incluirse como criterio de adjudicación la elaboración de un estudio organizativo del servicio describiendo las funciones del personal propio de la empresa en cuestión.

Las funciones a realizar por el personal terapeuta son las propias de su titulación y se adaptarán a las necesidades detectadas en la persona menor.

3. Evidenciar las facultades de dirección del contratista durante toda la gestión del contrato, así como la asunción de su riesgo empresarial. A su vez se debe dejar claro que los horarios, licencias y permisos a los trabajadores corresponden a las facultades propias del empleador.

En el PPT se establece un horario de atención pero la gestión del personal queda a disposición de la entidad adjudicataria.

4. Procurar que las prestaciones contratadas no se realicen en instalaciones de la Administración ni como medios públicos. En caso excepcional y siempre debidamente motivado, podrá reconocerse la aportación de esos medios por la Administración siempre y cuando el contratista celebre seguro de responsabilidad civil que cubra posibles daños en bienes públicos.

La prestación del servicio se realiza en un centro propio de la entidad adjudicataria, con medios propios.



5. Deberá exigirse el nombramiento de un delegado o representante de la entidad contratista como interlocutor de la Administración que, en virtud de las instrucciones recibidas por la dirección o responsable del contrato designado por la Administración, dirija y organice la actividad del equipo de la empresa.

Esta figura no está contemplada como tal representación, sino que queda incluida en la dirección y coordinación técnica que el PPT establece:

“Todos los CAIT deben tener una persona responsable de la dirección, representación y coordinación técnica, miembro del equipo básico, que acredite una experiencia de al menos dos años en el campo de la atención temprana.

La persona responsable de la dirección técnica velará por el correcto cumplimiento de las normas del CAIT, asegurará la coordinación interprofesional e intersectorial, organizará las actividades y prestaciones de servicios del centro y ejercerá como interlocutora principal con las familias y otros equipos terapéuticos, así como con la administración sanitaria. Estas funciones, junto a las correspondientes de la dirección, de la gestión y administración del centro, podrá ejercerlas la misma persona”.>>

Por otra parte, aunque el órgano de contratación acepta que los Centros de Atención e Intervención Temprana están acogidos al XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad” de aplicación, conforme al artículo 1.3.A del mismo, respecto a lo dispuesto en el artículo 27 del citado convenio, en el que se basa la recurrente para defender la obligación de subrogación del personal en la licitación, el órgano de contratación afirma que:

<<Tal y como se plantea la prestación, se contrata un número de sesiones de Atención Temprana que se realizarán en un centro de trabajo ajeno a la Administración, pudiendo presentarse a la licitación cualquier persona que disponga de uno, que cumpla con las condiciones establecidas en el PCAP y que además disponga de la capacidad y resto de requisitos de solvencia y condiciones exigidas por norma. Por tanto, el artículo, referido a “centros de trabajo”, no resulta de aplicación.

A lo anterior se añade, que de la propia licitación se derivaría una pluralidad de centros para la prestación del servicio, de forma que en la sucesión de su ejecución pueden estar implicados centros distintos con la imposibilidad que ello conlleva de conocer a priori cuáles serían las personas trabajadoras adscritas al centro adjudicatario, quedando en la competencia de la persona adjudicataria el cumplimiento del convenio colectivo de aplicación en caso de resultar adjudicatario el mismo centro que venía prestando el servicio.

Expuesto todo y analizado el fondo del recurso, éste se entiende sin fundamento y sin sentido, pues la recurrente parece reclamar al órgano de contratación una información que obra en su poder y que, además, la posible afectación que entendiéndose pudiera tener sobre la oferta a presentar, sólo le concierne a ella, pues no existe en esta licitación proposición económica alguna.>>

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen, que se centra en determinar si procede la anulación de los actos recurridos, para que el órgano de contratación incluya en los pliegos la información detallada del personal susceptible de subrogación y, por ende, de los costes reales que son asumidos actualmente por los actuales prestadores de servicios para que los licitadores los tengan en consideración al realizar sus ofertas.

El artículo 100.2 de la LCSP dispone al regular el presupuesto base de licitación que “En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los



precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

En relación con la citada disposición, la recurrente alega que el órgano de contratación ha realizado la estimación de los costes profesionales que considera necesarios para la prestación del servicio realizada por el órgano de contratación, *“sin computar la eventual antigüedad que puedan percibir los trabajadores, ni la posible exigencia de otros profesionales que puedan ser objeto de subrogación conforme al convenio colectivo”*. Al respecto, ha de tenerse en cuenta, como ha puesto de manifiesto este Tribunal en multitud de ocasiones, que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la ejecución de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 123/2017, de 9 de junio, 233/2018, de 2 de agosto, 335/2019, de 18 de octubre, 226/2020, de 2 de julio, 97/2021, de 20 de mayo, 221/2022, de 8 de abril y 225/2023, de 28 de abril, entre otras muchas). De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.

En efecto, a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores, no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos, y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior, que es lo que pretende la recurrente. En este sentido, si operara la subrogación con una nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios.

Por tanto, no es posible admitir este alegato de la recurrente, pues como se ha expuesto para la elaboración del presupuesto base de licitación se ha de tener en cuenta que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos.

Por otra parte, para determinar si el órgano de contratación debió incluir en los pliegos la información que demanda la recurrente, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”*, según el cual, *“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.”

Pues bien, la subrogación del personal supone para los trabajadores que existe un cambio de titularidad del empleador consecuencia de una sucesión de empresas. Así se contempla en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.”

Dicha sucesión se produce, cuando es consecuencia de una nueva licitación, entre la empresa que resultó adjudicataria y viene ejecutando las prestaciones objeto del contrato y la que resulte adjudicataria de la nueva licitación del contrato con idéntico objeto, de manera que los trabajadores que sean subrogados pasarán de tener una relación laboral con la primera empresa a depender laboralmente de la segunda, sin tener relación laboral alguna con el órgano de contratación, ya que estos realizan trabajos para dichas empresas adjudicatarias, que no para el órgano de contratación. Por ello, ninguna relación tiene la subrogación del personal con “la consolidación de la relación laboral o profesional de las personas que hayan realizado los trabajos como personal del órgano concertante”, ni con el “ejercicio de funciones reservadas a funcionarios públicos”, como alega el órgano de contratación.

Así, la obligación de subrogación es una cuestión de Derecho Laboral, ajena al órgano de contratación, que opera en aplicación de la referida normativa, y que el órgano de contratación tiene que acatar limitándose a incluir en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación conforme al citado artículo 130.1 de la LCSP, en los casos en que proceda.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre la fuente de la obligatoria subrogación en sentencias como la de 18 de junio de 2019 (Recurso 702/2016) en la que señala lo siguiente:

“El Tribunal Supremo ha reiterado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral. También tiene declarado este Tribunal que la cláusula de subrogación empresarial excede claramente del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal que esté destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláu-



sulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley o por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.”

Los términos en que debe comprenderse esta obligación el órgano de contratación han sido ampliamente tratados por la doctrina de los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual, así como por las juntas consultivas de contratación pública. En este sentido, este Tribunal se ha manifestado sobre el particular en varias de sus Resoluciones, entre otras, en la 384/2015, de 4 de noviembre, en la 15/2016, de 28 de enero, 119/2017, de 9 de junio, 138/2018, de 10 de mayo y más recientemente en la 416/2022, de 4 de agosto.

En ellas se hace referencia a su vez al informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que afirma en sus consideraciones jurídicas que *«En definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares.»*. Este criterio es matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que en el segundo párrafo de su consideración jurídica segunda señala *«La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos (...).»*

Asimismo, se cita en aquellas resoluciones el informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que dispone en su consideración jurídica segunda que *«La obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad.»*

Así lo recuerda, sigue señalando el citado informe 6/2012 de la Junta Consultiva de Aragón, la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 23 febrero de 2011, afirmando que *«La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en el correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público [posteriormente artículo 120 del TRLCSP y actualmente artículo 130.1 de la LCSP]»*.

Y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 446/2023 de 23 de diciembre, *“(...) En el caso que nos ocupa, la plantilla a contratar viene determinada por las necesidades de personal que exige la ejecución del contrato. Es el Decreto 18/2008 de 6 de marzo el que determina los requisitos mínimos de los centros en el ámbito de la Comunidad de Madrid, y el Pliego de Prescripciones Técnicas el que establece, de acuerdo al referido Decreto y a las necesidades del centro, el personal necesario para la ejecución del servicio, no fijándose este en función de la plantilla que resulte del personal a subrogar.*

En este sentido, los pliegos informan sobre la plantilla necesaria para la ejecución del contrato y se da cumplimiento en el caso que nos ocupa, a lo establecido en el artículo 130 de la LCSP, pues se recoge la obligación



de subrogación que deriva del convenio colectivo y se facilita la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación a través del listado publicado el 22 de noviembre y facilitado por el actual adjudicatario. Esta información ha sido además actualizada a fecha 22 de noviembre de 2023, cuestión que no contempla la recurrente en su escrito de fecha 1 de diciembre de 2023.

Cuestión distinta es que la previsión de subrogación de la normativa laboral no vincule, como hemos visto, a la Administración a la hora de definir las necesidades a satisfacer, siendo materia ajena a la contratación administrativa si efectivamente las necesidades de plantilla son equivalentes o inferiores a la misma(...)”

Así pues, la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando una persona contratista sucede a otra, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate.

En este sentido se ha manifestado asimismo en numerosas Resoluciones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en las 134/2017, de 3 de febrero y 217/2017, de 24 de febrero, en ellas se dispone que «(...) el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP [actual 131.1 de la LCSP], de la 5 empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria».

En el concreto supuesto objeto de nuestro análisis, para determinar si el órgano de contratación debió incluir en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación, hemos de estar a lo que disponga el convenio colectivo de aplicación con independencia de que en esta licitación la proposición económica no sea un criterio de adjudicación a valorar, pues afecta a la elaboración de la oferta por parte de los posibles licitadores incidiendo en la correcta evaluación de los costes laborales.

En cuanto a la determinación del convenio colectivo de aplicación, en el apartado 2 del anexo I del PCAP, al desarrollar el “Sistema de determinación del precio”, se expone que “Para la identificación de los perfiles intervinientes conforme al mercado, se ha utilizado el “XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad” (BOE no 159, de 4 de julio 2019), para el periodo 2019-2021, considerando los Centros de Atención e Intervención Temprana como un centro de estimulación precoz para personas con discapacidad o con riesgo de padecerla, por lo que se encuadran dentro su artículo 1.3.A). Dicho convenio, una vez que ha sido denunciado, continua en vigor hasta su sustitución por un nuevo convenio o por el laudo arbitral a que se llegara, en su caso. El coste salarial de cada perfil técnico se ha calculado teniendo en cuenta la revisión salarial para los años 2022, 2023 y 2024 del citado XV Convenio colectivo, según Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial del XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, publicada en el BOE n.o. 40, de 16 de febrero de 2023”.

Por tanto, es el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, publicado en el BOE no 159, de 4 de julio 2019, para el periodo 2019-2021, el que resulta de aplicación, sin que ello sea discutido por la recurrente.

El artículo 27 del citado convenio dispone respecto a la subrogación empresarial:



“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 derechos y obligaciones de los trabajadores y trabajadoras, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicará 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.

b) Trabajadores/as que en el momento de cambio de titularidad de la contrata, servicio o actividad se encuentren en estado de incapacidad temporal, enfermos, accidentados o en situación de excedencia o mediante cualquier permiso, si hubieran estado adscritos a la misma al menos tres meses.

c) Trabajadores/as que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior.

(...)

4. A los efectos previstos en este artículo no tendrán la consideración de trabajadores y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aun cuando vieran prestando servicios, directa y personalmente, en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista.”

Queda claro, a la luz del artículo 27 del convenio colectivo antes transcrito, que en el supuesto examinado, ha de entenderse que existe la obligación de subrogar si se dan las circunstancias en el establecidas.

Por último, indicar que ninguna de las alegaciones y argumentos esgrimidos por el órgano pueden enervar la conclusión alcanzada sobre la aplicabilidad del convenio colectivo y la obligación de recoger en los pliegos el alcance de la subrogación que deriva del convenio colectivo y facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación.

En ese sentido, el órgano de contratación debe requerir conforme al artículo 130.1 de la LCSP, a la empresa o empresas que viniesen efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuvieran la condición de empleadores de las personas trabajadoras afectadas, la información sobre las condiciones de los contratos de los mismos. Como parte de esta información, en todo caso, se deberán aportar los listados del personal que pudiese ser 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 persona trabajadora, así como todos los pactos en vigor aplicables a las personas trabajadoras a los que pueda afectar la subrogación.

Por su parte, el órgano de contratación deberá facilitar a las potenciales entidades licitadoras, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a los que pueda afectar 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 artículo 130 de la LCSP.



En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el recurso interpuesto, anulando el anuncio de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales del procedimiento de adjudicación relacionados con la obligación de subrogación del personal, para que en el caso de que se convoque una nueva licitación, el órgano de contratación proceda conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal.

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, contra el anuncio de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Prestación del servicio de Atención Temprana en la provincia de Cádiz”, (Expte. CONTR 2024 0000524042), convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Consumo, y, en consecuencia, anular los actos impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. . Aun cuando el artículo 57.3 de la LCSP prevé el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación con la resolución del recurso, en este supuesto, al hallarse pendiente de resolver varios recursos especiales en materia de contratación contra los mismos actos, debe continuar la suspensión del procedimiento de licitación, acordada por este Tribunal en Resolución MC. 131/2024, de 31 de octubre.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

