

INDEBIDA SOSPECHA DE OMISION DE COSTES DE SUBROGACIÓN EN LA OFERTA PRESENTADA POR UN CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO.

Mónica Miriam Laborda Farrán
Funcionaria de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional,
Subescala de Secretaria, categoría superior
Oficial Mayor Ayuntamiento de Coslada

*“ Mi deporte favorito es ver a los legisladores tratar de mantenerse al día con el mundo” .
Neal Stephenson.*

RESUMEN

La **Resolución nº 183/2021 de 29 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid estima el recurso especial** en materia de contratación interpuesto por empresa registrada como Centro Especial de Empleo, contra el acuerdo por el que se rechaza su oferta excluyéndola por anormalmente baja, **al considerar** que el órgano de contratación **se ha excedido en sus prerrogativas, al exigir, sin fundamento alguno, la justificación de los costes de subrogación** y ello conforme al veto casacional a la inclusión de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual y que, por tanto, exceden de ámbito subjetivo propio de los pliegos.

No debe haber singularidad ni mucho menos discriminación alguna en el examen de una oferta, identificada como anormalmente baja, presentada por una empresa calificada como Centro Especial de Empleo que opera en un procedimiento de licitación de concurrencia ordinaria (no restringida mediante la técnica de reserva de contratos), pues los parámetros de observación, entre los que se encuentran la subvenciones, deben ser exclusivamente los indicados en el art. 149 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin afectar al principio de libertad de empresa reconocido en el art 38 de la Constitución Española que presupone el derecho a la autoorganización y la libertad de decisión de sus objetivos y planificación de recursos

I.- PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y GARANTÍA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Resultan aplicables a la contratación pública los **principios de no discriminación e igualdad de oportunidades** (art. 1 y 132 Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público CSP) así como el fomento y promoción en materia de integración laboral de personas con discapacidad

La prohibición de discriminación y la garantía de la igualdad de oportunidades deben entenderse con el alcance definido en los artículos 1,2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social:

- Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.
- Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.
- Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.
- **Igualdad de oportunidades**: es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva

Por tanto, no podrá excluirse la oferta de un Centro Especial de Empleo por la circunstancia de que pueda eventualmente contratar, para prestar el servicio definido, a personas con discapacidad cuya competencia y adecuación al puesto será por ella valorada, pues es la empresa adjudicataria la que tiene la carga de prestación con un nivel de profesionalidad. La prestación del servicio, con personas con discapacidad no puede generar duda alguna ya que lo contrario sería una manifestación clara de discriminación laboral

II.- JUSTIFICACIÓN DE UNA BAJA DESPROPORCIONADA BASADA EN LOS BENEFICIOS FISCALES Y LEGALES

Con reciente frecuencia los tribunales de recursos de contratos públicos recuerdan los límites a la discrecionalidad técnica de la mesa para excluir ofertas que a su juicio

consideran que no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios o de costes, por no resultar tal juicio respetuoso con la ventaja empresarial declarada basada en beneficios legalmente reconocidos (Resolución nº 276/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, TACRC Resoluciones nº 718/2018 y nº 338/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y, Resolución 718/2018 del TACRC resolución 718/2018).

La fase de demostración de la posición de ventaja de mercado de que goza la empresa licitadora preguntada no puede convertirse en una “*Probatio Diabólica* “ pues ha de garantizarse el respecto al principio de **libertad de empresa** (comprensivo del derecho a la autoorganización y libertad de decisión de sus objetivos y planificación de recursos) del artículo 38 de la Constitución Española:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

En palabras del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en la Resolución nº 183/2021 comentada: “ *para justificar unos valores presuntamente anormales **no es necesaria una prueba exhaustiva**, sino que **basta con acreditar una convicción** de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el Contrato”*

La justificación de la **ventaja** de la empresa licitadora que sea Centro Especial de Empleo **basada en las subvenciones en materia de costes laborales encuentra cobertura** en el art. 149 b LCSP (condiciones favorables para prestar el servicio a menor coste) y art.149 e) LCSP(beneficios y subvenciones del sistema de seguridad social (Estado)).

En este sentido, la Resolución del TACPCM nº 183/2021 comentada, lo resalta en los términos que siguen:

*La recurrente en el supuesto que nos ocupa está calificada y registrada como CEE, lo que implícitamente conlleva ser beneficiario de **una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la seguridad social, tratándose de ayudas estatales, sujetas a legislación básica** con independencia de quien haya otorgado dicha calificación, regulándose su concesión en la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo (...)*

Este Tribunal, ya en anteriores Resoluciones como la 300/2019 y la 482/2019, ha aceptado tomar en consideración como criterio de justificación de bajas anormales las subvenciones concedidas a los CEE incluso no estando garantizadas y dependiendo de la convocatoria y consignación presupuestaria anual, por ser un derecho previsto en la Ley cuando se cumplen las condiciones exigidas de ostentar la condición de CEE y emplear a persona con discapacidad, requisitos ambos que concurren en Magéntica.

*En este sentido coincidimos con el criterio mantenido por el TACRC (Resolución 884/2018 de 5 de octubre) en cuanto a **que los beneficios alegados por las recurrentes están sujetos a dos requisitos que cumplen: ostentar la condición de Centro Especial de Empleo y emplear a personas con discapacidad, aunque las subvenciones no estén garantizadas y dependan de la convocatoria y***

consignación presupuestaria anual, afirmando además que: “El que sucesivas convocatorias pudieran disminuir y aun suprimir esas subvenciones es un factor más del riesgo empresarial, que puede disminuir y aun invertir el sentido del margen de beneficio previsto, pero que incluso, como argumenta el informe de la Consejería, se podría asumir con un ajuste en otros gastos y una reducción del beneficio empresarial”.

Por otra parte y tan solo como apunte formal en relación con la fase de juicio sobre la suficiencia o no de la justificación aportada por la empresa, puede recordarse aquí que en caso de discrepancias en la formación de la voluntad entre los miembros de la mesa, resulta posible **incorporar al acuerdo un voto particular**. Esta posibilidad fundamentada en los artículos 15 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), ha sido estudiada y estimada por diversos órganos consultivos pudiendo citarse como claro ejemplo el informe 2/2019 de la Junta Regional de contratación Administrativa de la Región de Murcia.

III.- CONTRAINTERROGATORIO SOBRE LOS COSTES DE SUBROGACION

Conforme a la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo la cláusula subrogatoria desplegará efectos, en caso de que proceda tanto si el Centro Especial de Empleo es el contratista entrante como saliente.

Esta conclusión se fijó a partir de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21-10-2010**, que **cambio del criterio negativo** (es decir los CEE no tenían obligación de subrogación respecto de las plantillas de empresas ordinarias) **a positivo**, poniendo fin al efecto llamada hacia estas formas que permitían subcontratar servicios con un coste mucho menor. Las empresas registradas como centros especiales de empleo se ven obligadas, por tanto, a subrogar a las plantillas originales y antiguas respetando las condiciones de los trabajadores por lo que no obtiene hoy ventajas en este sentido que antes si tenían.

Lo misma regla sirve desde el punto de vista de la Administración Contratante, pues de conformidad con el vigente art. 130 de la LCSP, rige una obligatoriedad de subrogación de todos los trabajadores discapacitados en el caso de que el Centro Especial de Empleo sea la empresa saliente, si bien el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 101/2020** , superpuso un nuevo matiz y, advirtió que, **sólo 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.

*«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.*

En este sentido, la Resolución del TACPCM comentada **desestima la argumentación del órgano de contratación para excluir la oferta en base a la omisión de la referencia al coste de subrogación** pues esta no está prevista por norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación de eficacia general en los términos que siguen:

.. “ no está prevista para el contrato de que es objeto el Lote 2 dicha obligación, por norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, así como tampoco el empleado que viene efectuando el servicio es persona con discapacidad ni la empresa actualmente adjudicataria un CEE, por lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP la inclusión de este requisito en los pliegos, sin que opere tampoco a los efectos el supuesto de sucesión de empresas regulado en el artículo 44 del ET. En este sentido convenimos, conforme a lo informado por la Oficial Mayor del Ayuntamiento y por lo alegado por la recurrente, en que no queda justificada la inviabilidad de la oferta rechazada, sin que haya obligación de subrogar a la persona que actualmente presta el servicio al no ser exigible

*A estos efectos resulta de interés traer a colación la **Sentencia de casación 847/2019 de 18 de junio, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo** ha dictado una sentencia **que declara nulas y no ajustadas a Derecho las cláusulas que imponen en contratos administrativos la subrogación de trabajadores en la contratación pública** que venían prestando servicios laborales en la contrata anterior, "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 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."*

A mayor abundamiento ha de repararse en otro discurso que ha de considerarse complementario o subsidiario, aun cuando parece comprometer lo anterior, y es el derivado de la Resolución nº 156/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, conforme al cual se concluye que **el coste indemnizatorio de despedir a los trabajadores subrogados** por convenio colectivo del anterior adjudicatario **no tiene que venir consignado en el precio del pliego**, en los siguientes términos:

*" .. es doctrina de este Tribunal que la entidad contratante no está vinculada por contratos anteriores a la hora de definir las condiciones del contrato que licite, y en concreto **que no está obligada a mantener el mismo personal**. Por otro lado, en caso de que un contrato prevea menos personal que el anterior y el convenio aplicable prevea la subrogación, la consecuencia no ha de ser necesariamente el despido de los trabajadores, pues el adjudicatario que se subroga en sus contratos puede asignarles otras funciones; despedirlos es una decisión de dicho adjudicatario. Y en caso de que lo haga, este Tribunal ha establecido que los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, **no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato** a tenor del art. 87.1 TRLCSP (actual 102.1 LCSP), porque no están remunerando prestación alguna*

A modo de resumen es posible anotar las siguientes CONCLUSIONES

1. Resulta aplicable a la contratación pública los **principios de no discriminación e igualdad de oportunidades** (art. 1 y 132 LCSP) así como el fomento y promoción en materia de integración laboral de personas con discapacidad (Directiva 2014/24 del Parlamento y Consejo de la UE . considerando 36)
2. Es doctrina reiterada (Resolución 884/2018, de 5 de octubre, del TACRC y Resoluciones TACP nº 300/2019 y 482/2019) que, en aquellos contratos compuestos mayormente por costes de personal, las empresas pueden justificar su legítima ventaja en base a las **subvenciones reconocidas aun no estando garantizadas o consignadas, por cuanto esta circunstancia opera como un factor más de riesgo empresarial.**
3. **No existe obligación de incluir el coste de subrogación en la justificación de la oferta** no solo en caso de no estar prevista la cláusula por norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación de eficacia general, sino porque **el coste indemnizatorio** de despedir a los trabajadores subrogados por convenio colectivo del anterior adjudicatario **no tiene que venir consignado en el precio del pliego** al tratarse el despido de una **decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato** y siendo que esos costes carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante