



**CONSULTA 090/2024, de 21 de octubre de 2024. Efectos y alcance de la subrogación de personal en un contrato. Consecuencias de la no presentación de proposición en el procedimiento restringido. Posibilidad de la modificación del cobro de tarifas fijadas en un contrato de concesión de obras o de servicios**

### CONSULTA (discurso directo)

*“En relación con el contrato (...) de la Delegación Provincial de (...), tenemos una consulta acerca de la obligación de subrogar.*

*La empresa que desempeñaba la concesión del servicio decidió no presentarse, y se acordó que, como era un contrato “especial” en el que se realizan programaciones trimestrales, para personas vulnerables (actividades para (...)) y se cobraba trimestralmente, por interés público, por causas excepcionales, durante el periodo imprescindible para paliar esa situación excepcional, y atendiendo a la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, la empresa continuara en una especie de prórroga forzosa por interés público con el objeto de dar continuidad al servicio. No una prórroga tácita ilegal, sino, atendiendo a lo indicado en el expediente 3/2017 de la JCCPE, y a la STS 18 de noviembre de 1986, entre otros, para, dar continuidad al servicio público hasta que pueda hacerse cargo la nueva empresa, teniendo además en cuenta que, puesto que la empresa sólo cobraba de los usuarios, personas de (...) que realizan diversas actividades (...) se mantuviera el servicio hasta el 31 de diciembre, aunque la licitación finalizara antes, y la adjudicación con la nueva empresa fuera a partir del 1 de enero. Por la empresa tampoco existía ninguna oposición a la continuidad, teniendo en cuenta el carácter vulnerable de las personas afectadas.*

*El nuevo contrato se licitó, y sólo una empresa aportó la documentación necesaria para que se le invitara, por lo que se pasó a la segunda parte de la licitación del procedimiento restringido (al ser uno de los servicios especiales establecidos en el Anexo IV de la LCSP), se invitó a esta empresa, pero no formuló ninguna propuesta, por lo que el procedimiento quedó desierto.*



*Nuestras dudas son las siguientes:*

*1.- Como tenemos intención de hacer un procedimiento negociado que vaya lo más rápido posible, al haber quedado desierta la licitación, ¿tenemos obligación de incluir como personal a subrogar al personal de la empresa que está manteniendo el servicio hasta el 31 de diciembre, si la adjudicación se realiza con anterioridad y la fecha de inicio de la prestación es el 1 de enero? Entendemos que si la fecha de estimada de adjudicación fuera el 2 de enero no habría que subrogar a nadie.*

*Nuestro problema surge porque al existir una gran cantidad de personal a subrogar con pocas horas cada uno de ellos, las empresas no quieren licitar, y debido a ello, la licitación se ha quedado desierta (tenemos conocimiento de ello por manifestaciones de algunas de ellas) así que, si hubiera que subrogar, no encontramos empresas dispuestas a presentar una proposición.*

*2.- La segunda cuestión es que, entendemos que no se puede imponer sanción de ningún tipo (por ejemplo, prohibición de contratar) a la empresa a la que hemos invitado y no ha presentado la proposición, ya que la prohibición de contratar se entiende que opera cuando se retira una proposición, y al tratarse de un procedimiento restringido, en el que se invita a las empresas que te presentan los requisitos de solvencia, estas empresas no tienen obligación de presentar proposición tras la invitación, pero querríamos que nos lo aclararan.*

*3.- Por último, se nos ha dado un caso en el que varias empresas de una concesión quieren cobrar por debajo del precio de adjudicación, es decir, se licitaron precios máximos, cada cual presentó su oferta, pero después de firmar el contrato quieren cobrar por debajo del precio. ¿Hay algún problema en que se cobre por debajo del precio, o lo único que no pueden hacer es cobrar por encima del precio ofertado?''.*



## RESPUESTA

Se plantean por el consultante diversas cuestiones relacionadas con un contrato de concesión de servicios. Las iremos analizando una a una:

3

### 1. Sobre la subrogación del personal que prestaba el servicio:

Para responder a esta pregunta, hemos de partir del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante: LCSP), relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo:

*“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.

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.



En este punto, resulta recomendable la lectura del [Expediente 61/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado](#) (JCCPE) catalogado como “*Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*”, en el que la JCCPE profundiza en el análisis del precepto, haciendo hincapié en la obligación de suministrar información a los licitadores sobre las condiciones de subrogar, y los efectos de la misma.

En cualquier caso, el órgano de contratación deberá estar a lo dispuesto por los convenios colectivos que resulten de aplicación al servicio a contratar, en orden a determinar si el propio convenio exige obligación alguna respecto a la subrogación de los trabajadores que deban ejecutar la prestación. Lo que sí pesa sobre el órgano de contratación es la obligación de información sobre las condiciones de subrogación, en el caso de que resulte obligatoria, y ello con la finalidad de que las licitadoras puedan conocer la dimensión económica del contrato, y poder preparar adecuadamente sus ofertas.

Por tanto, y respondiendo a la cuestión planteada por el consultante sobre si existe *obligación de incluir como personal a subrogar al personal de la empresa que está manteniendo el servicio hasta el 31 de diciembre, si la adjudicación se realiza con anterioridad y la fecha de inicio de la prestación es el 1 de enero*, habría que estar a lo que disponga el Convenio Colectivo o la norma legal que, en su caso, resulten de aplicación.

Incluso si el servicio se interrumpe y la prestación no se presta de forma continuada (se señala por la consultante que ocurriría si la adjudicación es, por ejemplo, el 2 de enero), también habría de estar a lo dispuesto en los Convenios Colectivos pertinentes. Así, a modo de ejemplo, y por si pudiese resultar de aplicación por la similitud de la materia, el *III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural*, publicado y registrado mediante Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, establece en el artículo 37, referente al derecho de subrogación, lo siguiente (el resaltado es nuestro):

***“No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año. En tal caso, dicha circunstancia dará lugar a promover la suspensión de los contratos de trabajo de los empleados que resulten afectados de conformidad con la normativa vigente en cada momento.*”**



*A la finalización del período de suspensión, **dichos trabajadores/as tendrán reservado el puesto de trabajo en cuestión, aunque a esa fecha se adjudicase el servicio a otra empresa.** En el caso de que el propósito del cliente al rescindir, rescatar o recuperar el servicio, por cualquier causa, fuera el de realizarlo con personal propio, quedará obligado a reincorporar a los/as trabajadores/as afectados/as de la empresa que hasta el momento fue prestadora de dicho servicio.*

De esta manera, dicho Convenio Colectivo mantiene la obligación de respetar las disposiciones relativas a la obligación de subrogar al personal, aunque se interrumpa la prestación hasta máximo un año por lo que, si resultase de aplicación al contrato que se cuestiona, el hecho de que transcurra únicamente un día, a juicio de este servicio, no sería óbice para que se mantuviese la obligación de subrogar a los trabajadores. En cualquier caso, y como hemos señalado anteriormente, habrá de estar a lo que disponga el Convenio Colectivo que, en su caso, resulte de aplicación.

## **2. Sobre la posibilidad de imponer alguna sanción a la empresa licitadora que no ha presentado oferta en un procedimiento restringido tras la solicitud de participación:**

La tramitación del procedimiento restringido, regulada en los artículos 160 y siguientes de la LCSP, se caracteriza principalmente por estar configurado por dos fases:

- La primera fase, en la que cualquier empresa interesada podrá presentar una **solicitud de participación** conforme a la convocatoria de licitación.
- La segunda fase, en la que únicamente pueden presentar **proposición**, los candidatos previamente seleccionados e invitados a participar por el órgano de contratación.

Por otra parte, el artículo 150.2 de la LCSP, relativo a la adjudicación de los contratos, señala (los resaltados en negrita son nuestros):

*“2. Una vez aceptada la **propuesta** de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor **oferta**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 (...).*



*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador **ha retirado su oferta**, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71”.*

Al mismo tiempo, artículo 71.2, establece que (el resaltado es nuestro):

*“2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:*

*a) Haber **retirado indebidamente su proposición o candidatura** en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.*

*(...)”.*

Como podemos observar, tanto el artículo 150 como el artículo 71 de la LCSP, se refieren a retirada de la proposición u oferta, a efectos de imponer las penalidades o las prohibiciones de contratar que resulten pertinentes. Sin embargo, cuando no se presenta una proposición en un procedimiento restringido, después de haber presentado previamente una solicitud de participación, no se produce una retirada de la proposición, puesto que no se ha presentado una oferta como tal.

Por tanto, y a juicio de este servicio, no cabría, en el marco de un procedimiento restringido, la imposición de penalidades o prohibiciones para contratar a la empresa que ha decidido no formular oferta definitiva, a pesar de previamente haber presentado solicitud de participación.

### **3. Sobre el cobro de los precios por debajo de los máximos fijados:**

En cuanto a la última de las preguntas planteadas, entiende este servicio que el consultante se está refiriendo a las tarifas que hubieran de abonar los usuarios, en concepto de contraprestación, derivadas de un contrato de concesión de servicios.



En tal caso, hemos de estar a lo dispuesto por el Capítulo III del Título II de la LCSP, relativo al contrato de concesión de servicios. Dentro del mismo, el artículo 285.1 hace referencia al contenido que deben contener los pliegos (el resaltado es nuestro):

*1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:*

*a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3, con la finalidad de promover la libre concurrencia.*

*b) Fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. **En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero.***

*(...).*

Ante la misma previsión estaríamos en el caso de que fuese un contrato de concesión de obras, puesto que el apartado tercero del artículo 267 de la LCSP, se expresa en similares términos: “3. *Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con lo establecido en el Capítulo II del Título III del Libro I de la presente Ley*”.

Así, tanto para contratos de concesión de obras como para contratos de concesión de servicios, rigen las estipulaciones de los artículos 103 a 105 de la LCSP. En cualquier caso, tal previsión deberá estar prevista en los pliegos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4º del artículo 103, y, en la letra b) del artículo 285.1 de la propia LCSP.

Si no se hubiera fijado en los pliegos la posibilidad de revisar las tarifas, otra de las posibilidades que podría tener el órgano de contratación sería llevar a cabo una modificación del contrato. Así, el artículo 290, referente a la modificación de los contratos de concesión de servicios, señala:





“1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

(...)”.

El artículo descrito, tras supeditar una posible modificación a razones de interés público, se remite a la regulación de la modificación de los contratos, establecida, a tal efecto, en los artículos 203 a 207 de la LCSP. No obstante, es importante recordar lo dispuesto por el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en su [informe 10/2021, de 29 de noviembre](#), en el que alude a lo dispuesto por la JCCPE, en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018:

“(...) la **modificación** del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere al **cambio del objeto** del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, **no al precio**. (...).

Desde el punto de vista material **una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta**. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado. (...) Las anteriores consideraciones ya justifican sobradamente la conclusión de que **la variación del precio del contrato no debe calificarse en ningún caso como una modificación del mismo en sentido técnico jurídico (...)**”.

En este sentido, y como se ha señalado, el órgano de contratación no podría realizar una modificación del contrato basándose únicamente en criterios económicos, pues, en ese caso,



estaríamos ante una revisión de precios encubierta, por lo que, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 290.1 de la LCSP, la modificación deberá basarse en razones de interés público y respetar el contenido y las previsiones de los artículos 203 y siguientes de la LCSP.

A este respecto, es interesante la línea interpretativa que realiza la Sentencia número 4711/2022, de 10 de octubre, de la Audiencia Nacional y que es analizada por el Observatorio de Contratación Pública en el artículo de opinión de D. Juan Antonio Carrillo Donaire de 09/01/2023, titulado [¿Es posible el reequilibrio del precio de los contratos por la vía de la modificación no prevista en el Pliego en casos de riesgo imprevisible?](#), en el que, tras mencionar diversos pronunciamientos en los que se llega a la misma conclusión que hemos señalado con anterioridad -que una modificación que afecte únicamente al precio se considera una revisión de precios encubierta-, analiza la Sentencia mencionada del siguiente modo:

*“Pese a lo anterior, la reciente Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Nacional, número 4711/2022 de 10 de octubre (ECLI:ES:AN:2022:4711), admite un criterio contrario y abre una línea interpretativa que habilita la aplicación del artículo 205.2.b) de la LCSP en un supuesto de alteración del precio del contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, sin que ello implique la alteración de las prestaciones. La sentencia resuelve en apelación el recurso deducido frente a una Resolución del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria que decidió minorar el precio de un lote de un contrato marco para la adquisición de mascarillas FFP2 una vez constatado que los precios fijados para ese contrato de suministros sanitarios habían devenido mucho más altos de los que estaba ofreciendo el mercado a medida que avanzaba la pandemia y se normalizaban los suministros. Se trata, por tanto, de una modificación del precio del contrato “a la baja” y no prevista en los Pliegos, que el órgano de contratación fundamenta en el artículo 205.2.b) de la LCSP.*

*Al estimar el recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estimó el recurso de uno de los participantes en el acuerdo marco haciéndose eco de la doctrina mayoritaria que acabamos de resumir, la Audiencia Nacional sostiene que,*

*“En el presente caso, una de las empresas parte del acuerdo marco solicitó la minoración del precio unitario del acuerdo marco para el lote 8, por razón de la*



*variación de las condiciones del mercado de suministro del tipo de mascarillas incluidas en ese lote. Ante ello, previos los informes preceptivos, y tratándose de una circunstancia sobrevenida no previsible, la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos, que se recoge en el artículo 1 de la LCSP. Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que se hubo de adquirir mediante tramitación de emergencia, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente la pandemia; siendo de general conocimiento la escasez de mascarillas –y de otros productos- durante los primeros meses, incluso en el ámbito sanitario, los precios de las mismas en el mercado minorista y cómo, a medida que pasaron unos meses, la venta se normalizó y los precios bajaron notablemente. Este hecho es notorio y no requiere de prueba”.*

No obstante, y como podemos observar, la Sentencia de la Audiencia Nacional justifica su interpretación en el interés público acaecido debido a una circunstancia sobrevenida no previsible y particular, como fue la adquisición masiva de material durante la crisis sanitaria con unos precios más altos debido a las condiciones del mercado y la ulterior baja de precios de dicho material. Fuera de supuestos particulares, y desconociendo este servicio las razones que pudiesen devenir del interés de las empresas de bajar el precio acordado, realizar una modificación únicamente basada en motivos económicos podría suponer, tal y como se ha expuesto, una revisión de precios encubierta.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y respondiendo a la pregunta planteada por el consultante, sobre si *¿hay algún problema en que se cobre por debajo del precio, o lo único que no pueden hacer es cobrar por encima del precio ofertado?* Hemos de indicar que, en los pliegos deberían haberse fijado las tarifas que deben abonar los usuarios. Su variación únicamente podrá hacerse mediante su revisión (si se hubiera establecido previamente en los pliegos) o, en su caso, mediante modificación en los términos expuestos anteriormente.



En virtud de todo lo anterior, podemos extraer las siguientes **conclusiones**:

1. El órgano de contratación deberá estar a lo dispuesto en los Convenios Colectivos o, en su caso, normas legales que resulten de aplicación, en orden a determinar los efectos y alcance de la subrogación.
2. En opinión de este servicio, no cabría la imposición de penalidades o el establecimiento de prohibición para contratar por el hecho de que, en un procedimiento restringido, un licitador decida no presentar oferta tras previamente haber realizado una solicitud de participación, debido a que esta última, no tiene la consideración de oferta como tal.
3. Para modificar el cobro por las tarifas fijadas en un contrato de concesión de servicios (o de obras), habrá de estar a lo dispuesto en el Capítulo II del Título III del Libro I de la LCSP, relativos a la revisión de precios. También, existe la posibilidad de modificar el contrato, siempre que tal modificación se realice por razones de interés público y concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP.

Finalmente, indicar que, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

## EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN