



ACTA Nº 2021/18

SESIÓN Extraordinaria urgente DO PLENO DA CORPORACIÓN

- SALÓN PLENOS CONCELLO DE CEE, xoves 23 de decembro de 2021 -

No día de hoxe, ás 20:00 horas, baixo a presidencia da alcaldesa, reúnen-se os concelleiros e concelleiras que se indican, coa asistencia da secretaria, que subscribe, e a Sra Interventora, co obxecto de celebrar, en primeira convocatoria, Sesión Extraordinaria urgente do Pleno da Corporación.

ALCALDESA:
MARGARITA LAMELA LOUZÁN
RUBEN VILLAR AGULLEIRO
EMILIA MARÍA TRILLO LOJO
JUAN MANUEL BUITURON CARBALLO
ÁGUEDA MARÍA DÍAZ MEJUTO
MARÍA VICTORIA AREAS POSE
RAMÓN VIGO SAMBADE
PILAR IGLESIAS LEMA
MARÍA DEL CARMEN DÍAZ FREIRE
SERXIO DOMINGUEZ LOURO
CESAR FERNANDO PÉREZ MARTÍNEZ
JUAN RAMÓN HERMIDA FANDIÑO
AUSENTE:
ANTONIO DOMÍNGUEZ GARCÍA
INTERVENTORA:
ROSA M ^a FERNÁNDEZ CANOSA
SECRETARIA:
ROCÍO HERMIDA CANCELA

Constátase a presenza de membros deste órgano en quórum suficiente, polo que o alcalde, como Presidente, declara aberta a sesión. Procédese a tratar os asuntos incluídos na **ORDE DO DÍA:**

1. Ratificación da Urgencia.

Intervén a Sra alcaldesa e di que o motivo da urxencia é que presentaron unha reclamación ante o TACGal e temos que resolvela no prazo que establece.

Sométese á votación a urxencia e resulta ratificada por unanimidade dos presentes na sesión.

2. Informe do órgano de contratación (Pleno da Corporación) sobre o recurso especial en materia de contratación (Nº291/2021) interposto por COGAMI RECICLADO DE GALICIA S.L.U. ante o TACGal en data 21/12/2021. Expediente de Contratación N.º 2021/C004/000006.

Considerando o seguinte:

“INFORME DO ÓRGANO DE CONTRATACIÓN DO CONCELLO DE CEE (PLENO DA CORPORACIÓN) O RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPOSTO POR COGAMI RECICLADO DE GALICIA S.L.U. ANTE O TACGal.



Nº DE RECURSO TACGal: 291/2021.

EXPEDIENTE Nº 2021/C004/000006.

OBXECTO: Contratación harmonizada, mediante procedemento aberto con multiplicidade de criterios de adxudicación, do servizo de recollida e transporte de residuos sólidos urbanos no Concello de Cee.

ANTECEDENTES

1. Aprobación expediente de contratación de referencia en sesión plenaria celebrada o 26 de novembro de 2021.
2. Publicación de Pregos na Plataforma de Contratos do Estado o 2 de decembro de 2021, con data final de presentación ofertas 4 xaneiro de 2022.
3. Interposición de recurso especial en materia de contratación en data 21 de decembro de 2021 ante o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia ás 12:28 horas.

CUESTIÓN PRELIMINAR

O recurrente, no seu escrito de recurso, no Antecedente de Feito Primeiro fai referencia ao expediente 2020/C004/000008, o cal foi obxecto de desistimento por parte deste órgano de contratación, dado que no encabezamento do recurso indica o expediente 2021/C004/000006 e no Fundamento de Dereito Segundo menciona o valor estimado deste último, este órgano parte de que o recurso especial plantexado é contra expediente 2021/C004/000006.

INFORME

COGAMI RECICLADO DE GALICIA S.L.U, e na súa representación D. Antonio Pena Seijo, alega unicamente:

QUINTO.- FONDO DEL ASUNTO: CESIÓN DE TRABAJADORES MUNICIPALES

Tanto en el PCAP como en el PPTP se establecen las siguientes previsiones:

PCAP (página 36):

*3. O adxudicatario deberá contar na elaboración da súa proposta coa existencia no cadro de persoal do Concello de Cee de dous traballadores: DNI: ***6429** e ***5442***, que prestan o servizo de Condutores de Camión de Lixo. Estes traballadores non serán en ningún caso obxecto de subrogación pola adxudicataria, correspondendo ao Concello de Cee o pago dos seus salarios e cotizacións á seguridade social así como vacacións, permisos, absentismo, baixas, etc., e a organización e dirección da prestación das súas obrigas laborais. A estes efectos, a adxudicataria trasladará ao Concello as condicións de horarios, xornada e vacacións. Para o caso de incumprimento das obrigas laborais, a adxudicataria trasladará ao Concello un informe razoado para a adopción das medidas oportunas. A efectos de substitución destes traballadores (vacacións, permisos, baixas laborais, etc.) o Concello creará unha bolsa de emprego para cubrir todo tipo de substitucións dos mesmos. Neste sentido, se por algunha circunstancia excepcional o adxudicatario cubrise as substitucións destes traballadores, os gastos derivados da substitución serán repercutidos polo adxudicatario ao Concello.*

PPTP (página 13):

O Concello de Cee ten dous traballadores no servizo, condutores de camión de lixo, que pasarán á empresa adxudicataria, aínda que ao ser traballadores do Concello seguen vinculados a este, correspondendo ao Concello de Cee o pago dos seus salarios e cotizacións á seguridade social así como vacacións, permisos, absentismo, baixas, etc. e a organización e dirección da prestación das súas obrigas laborais. A estes efectos, a adxudicataria trasladará ao Concello as condicións de horarios, xornada e vacacións. Para o caso de incumprimento das obrigas laborais, a adxudicataria

Documento electrónico asinado dixitalmente cuxa integridade garátese mediante cotexo na Sede Electrónica deste Organismo co Código de Verificación Dixital (CVD) especificado á marxe.

(artigo 18.1.b da Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos)



trasladará ao Concello un informe razoado para a adopción das medidas oportunas. A efectos de substitución destes traballadores (vacacións, permisos, baixas laborais, etc.) o Concello creará unha bolsa de emprego para cubrir todo tipo de substitucións dos mesmos. Os traballadores son: ***6429** e ***5442**. Estes traballadores municipais nunca foron obxecto de subrogación.

En relación a estos 2 traballadores municipais realizamos las siguientes consideraciones: El Anexo de Personal del Presupuesto del Ayuntamiento de Cee incluido en la aprobación definitiva del presupuesto municipal 2020 (BOP nº 22, 3 de febrero de 2020) clasifica como "Personal Laboral Fijo" con denominación "Oficial de recogida de residuos número de plazas 2" con la categoría profesional de "oficial de primera" y con la situación "cubierta en propiedad" a los referidos trabajadores.

El artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

El artículo 6.1 de la Ley 14/1994 de Empresas de Trabajo Temporal establece que "el contrato de puesta la disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo de dirección queda sometido aquel".

El artículo 43.2 del ET establece que "en todo caso, se entiende que se incurre en cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

En los Pliegos, se reconoce explícitamente que respecto de estos 2 trabajadores, el Concello se limitará a pagarles las nóminas, es decir, que actuará como mero "empresario formal", mientras que la entidad adjudicataria del servicio será el "empresario real" ya que en el "día a día", ambos trabajadores se encontrarán totalmente inmersos en la operativa de la empresa prestadora del servicio, que será quien les de las instrucciones y órdenes de trabajo, controle el cumplimiento de horarios y jornadas, las normas de prevención de riesgos laborales etc. Esta operativa solo está autorizada a las Empresas de Trabajo Temporal, por lo que el resto de entidades que la llevan a cabo incurren en cesión ilegal de trabajadores algo que está fuertemente castigado por la normativa vigente y que en términos coloquiales, se conoce por "bodyshopping".

Valga como ejemplo la Sentencia núm. 1449/1999 de 3 de diciembre de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que declaró la existencia de cesión ilegal de trabajadores un supuesto en el que un ayuntamiento cedió a uno de sus trabajadores a la empresa concesionaria de parques y jardines, que pasó a formar parte de dicha empresa mientras durara la concesión y sus prórrogas.

Es palmario que el Concello de Cee no puede ceder trabajadores a una tercera empresa, por lo que inclusión de dicha previsión en los pliegos que rigen la presente licitación es una CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES, con graves consecuencias para las empresas cedente y cesionaria:

- 1.- Ambas responderán solidariamente de todas las deudas, débitos y obligaciones con los trabajadores ilegalmente cedidos.
- 2.- La cesión ilegal de trabajadores está tipificada como infracción muy grave en materia de relaciones laborales, sancionable con multa de 7.501 € a 225.018 €. 3.- Ambas empresas podrían incurrir en responsabilidad penal por la comisión de delito contra los derechos de los trabajadores.

Este órgano de contratación informa que a cesión ilegal de traballadores regúlase no artigo 43.2 ET nos termos que a seguir se reproducen:



"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario."

A inconcreción deste precepto fai preciso analizar o desenvolvemento xurisprudencial da figura por máis que, dunha aproximación inicial, xa se poda tirar a conclusión de que a cláusula impugnada polo recorrente non pode subsumirse no suposto contemplado nese artigo porque nin o obxecto do contrato se limita "a unha mera posta a disposición dos traballadores" nin tampouco a empresa cedente (isto é, o Concello de Cee) carece de actividade ou dunha organización propia e estábel e, por outra parte, o Concello contratante conta cos medios precisos para o desenvolvemento da súa actividade e segue a exercer as funcións inherentes á súa condición de empresario.

En contra do que afirma o recorrente, as cláusulas manteñen no ámbito municipal a dirección e a disciplina destes traballadores, ao precisar que "Para o caso de incumprimento das obrigas laborais, a adxudicataria trasladará ao Concello un informe razoado para a adopción das medidas oportunas", alén de ser o propio Concello que paga as retribucións e substitucións correspondentes.

Esta conclusión confírmase a partir da análise da xurisprudencia social do Tribunal Supremo que admite a cesión de traballadores no seo das contratadas, admitidas polo artigo 42 ET, e ten afirmado a existencia de cesións de traballadores que non poden ser cualificadas como fraudulentas e, nese sentido, resultan plenamente conformes a dereito.

Tal é o caso, entre moitas outras, da **Sentenza da Sala de lo Social do Tribunal Supremo de 17 de xaneiro de 2002, nº de recurso 3863/2000:**

"Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados:

1) un acuerdo entre los dos empresarios -- el real y el formal -- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, **no asume jurídicamente la posición empresarial;**

2) un **contrato de trabajo simulado** entre el empresario formal y el trabajador; y

3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.

La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, **evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo** (cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real) **o la disminución de las garantías** cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.



Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el Art. 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 (R. 3211/1996) y 3 de febrero de 2000 (R. 14430/1999) que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios”.

No mesmo sentido se pronuncia a **Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, nº de recurso 504/2006:**

“La finalidad que persigue el Art. 43 ,Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios o insolventes.

Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores [...]. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios”.

Por outra parte, a sentenza que se cita de contrario, alén de non constituír doutrina xurisprudencial de conformidade co disposto no artigo 1.6 do Código Civil, decide un suposto diferente ao do caso que nos ocupa pois, de acordo cos antecedentes fácticos, se trataba dun traballador temporal do Concello de Valdepeñas que pasa a ser contratado pola empresa concesionaria (da que recibe o seu salario) e sen que o municipio manchego se reserve o exercicio de ningunha das funcións inherentes á condición de empresario. Tal non acontece, como xa foi razoado, neste caso.

No mesmo senso, a **Sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo 2769/2020**, que igualmente se pronuncia:

“(…) La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores” (STS 11/7/2012, R. 1591/11).(…)



A maior abastanza, tanto no PCAP coma no PPT, mencionase expresamente, que o Concello de Cee, a efectos de substitución destes traballadores (vacacións, permisos, baixas laborais, etc.) creará unha bolsa de emprego para cubrir todo tipo de substitucións dos traballadores: ***6429** e ***5442**, co cal ven a corroborar que non se cumpren os extremos citados pola Xurisprudencia para entender cesión ilegal, e considerando como indican os pregos que estes traballadores municipais nunca foron obxecto de subrogación.

En conclusión, debe concluírse que ao manteren os traballadores a súa vinculación laboral co Concello de Cee e seguir exercendo este as funcións propias do empresario e contar con unha organización estábel e adecuada, non se produce cesión de traballadores (e, xa que logo, menos aínda unha cesión ilegal) prohibida polo artigo 43.2 ET, prestando a súa disconformidade este órgano de contratación á alegación formulada.

2º.- PRONUNCIAMENTO SOBRE MEDIDAS CUATELARES

Este órgano de contratación presta a súa conformidade á suspensión do procedemento de contratación ata solventar o presente recurso.

3º.- O órgano de contratación informa a ese Tribunal que o recorrente non solicitou vista do expediente.”

-----INTERVENCIONS-----

Sra alcaldesa: coñecen o informe o motivo é polo persoal, algunha intervención?

Sra Díaz Mejuto: solo decir como dijimos en reiteradas ocasiones que pensabamos que los trabajadores del concello no podían conducir vehiculos de otras empresas aun asi nos vamos absterner porque no queremos interferir en la contratación de este servicio ni un solo minuto.

Sra alcaldesa: el recurso no es porque puedan conducir, no es por eso.

Sra Díaz Mejuto: entendimos que si.

Sra alcaldesa: el recurso es porque por un lado existen sentencias, que se aplican desde el concello como dice el informe por parte de Secretaría que el personal debe permanecer en el concello y no subrogarse y por otro lado existen sentencias que hay que subrogar.

Sra Díaz Mejuto: entiendo que el personal del concello no podía trabajar en la empresa, la cuestión es que el personal que se dijo reiteradamente no entendíamos que trabajase para otra empresa, a la vez que conducir vehiculos de otra empresa etc, nosotros como el pliego está aceptado y aprobado nos vamos absterner pero seguimos pensando eso.

Sra alcaldesa: solo una matización el pliego anterior fue a propuesta del PP en la legislatura que fuese y así se contempló.

Sra Díaz Mejuto: estamos en esta legislatura y el pliego lo hizo usted.

Sra alcaldesa: hubo pliegos posteriores igualmente a ese de otro alcalde da igual quien fuese, que se mantuvo ese criterio que el personal es del Concello, y que presta servicios pero sin subrogar, es más, con el personal de la guarderia hay otra trabajadora en las mismas circunstancias y desde el gobierno se entiende que hay que mantener el mismo criterio salvo que un tribunal diga lo contrario.

Sra Díaz Mejuto: el pliego que se hizo ahora nosotros en reiteradas ocasiones dijimos el tema de personal, lo que pasase en otras legislaturas y en otros pliegos a mi me da exactamente igual, le estoy diciendo lo que se dijo para este pliego es más, lo vamos poner facil, nos vamos absterner.

Sra alcaldesa: entonces si quiero saber de forma clara, si por parte del PP lo que entiende es que el personal lo hay que subrogar.



Sra Díaz Mejuto: No, lo que entendemos es que el pliego de condiciones está aceptado y que si hay que hacer algo tiene que ser conforme a los criterios de la Sra secretaria y Sra interventora punto y pelota.

Sra alcaldesa: pues los criterios que dice la Sra secretaria y Sra interventora son los criterios que aparecen en este informe, non los de subrogación de personal y lo que acaba de decir es que si, el PP considera que hay que subrogar el personal.

Sra Díaz Mejuto: no ponga palabras en mi boca que no he dicho, nosotros dijimos en reiteradas ocasiones que el tema de personal a nosotros no nos parecía correcto y aprobamos el pliego a nuestro pesar y solo para darle para delante y le estoy diciendo que nos vamos abstener para que no se paralice la contratacion de este servicio.

Sra alcaldesa: entonces lo que opinaba realmente era que estaba en contra de los criterios de la secretaria y la interventora.

Sra Díaz Mejuto: si usted lo dice.

Sr Vigo: neste caso vamos a votar a favor da proposta da alcaldía, entendemos que o persoal do Concello en estas circunstancias seguindo a lexislación non ten porque subrogarse a ningunha empresa, porque é persoal do concello, si se externaliza o servizo e o persoal presta servizos nese ambito de actuación, ten que depender funcionalmente de quen presta o servizo pero os traballadores son municipais que gañaron unha oposición e polo tanto o contrario sería anómalo dende o noso punto de vista pero dende un punto de vista organizativo ten que ter unha dependencia funcional de quen presta o servizo, non entendemos o conflicto salvo algún interés empresarial, en este caso unha empresa social, si é dotro xeito sería mais doado para esa empresa poder competir nun momento determinado que salga a licitación pero é un tema que non nos debe competir, nese sentido entendemos que a proposta da alcaldía é correcta.

-----VOTACIÓN-----

Sométese á votación o INFORME e resulta aprobado no seguinte sentido: 4 abstencións dos grupos políticos PP e BNG e 8 votos a favor dos grupos políticos PSOE, IXCee e Grupo Mixto.

Ás 20:10 horas non hai máis asuntos que tratar. Por orde da Presidencia, levántase a sesión, da que se estende a presente acta, da que eu, secretaria, dou fe.

A secretaria, Rocío Hermida Cancela

A alcaldesa, Margarita Lamela Louzán