



Recurso nº 770/2018 C.A. de Castilla-La Mancha 52/2018

Resolución nº 910/2018

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

En Madrid, a 11 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. B.S.P. en representación de la mercantil SENIOR SERVICIOS INTEGRALES S.A., contra los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de “*Servicio de taquillas en el Museo de Santa Cruz y filiales*”, con Expte. 1802TO18SER00138, convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Educación, Cultura y Deporte convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público del 12 de julio de 2018 y en el Diario Oficial de la Unión Europea, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato de servicio de taquillas en el Museo de Santa Cruz, el Museo Taller del Moro y Museo de los Concilios y de la Cultura Visigoda en Toledo. El valor estimado del contrato asciende 365.880 euros y el plazo de duración del contrato es de dos años con posibilidad de dos prórrogas anuales.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos 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 (LCSP, en lo sucesivo), y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Publicados los pliegos, se interpone por la empresa SENIOR SERVICIOS INTEGRALES S.A. (en lo sucesivo SENIOR o la recurrente) el recurso especial en materia de contratos ante este Tribunal, a través del Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, con fecha de entrada 31 de julio de 2018.

Cuarto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación de fecha 2 de agosto de 2018.

Quinto. El 9 de agosto de 2018, la Secretaria del Tribunal -por delegación de éste- dictó resolución por la que se acordaba la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de licitación al amparo de lo previsto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. El 22 de agosto de 2018, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores para que, en el plazo de cinco días hábiles y si lo estimaban oportuno, presentasen aquellas alegaciones y documentos que a su Derecho conviniera, habiendo evacuado el citado trámite la mercantil SURESTE FACILTIY SERVICES, S.L., que se opone a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la LCSP, y el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el 15 de octubre de 2012, publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. Se recurren los pliegos que han de regir la adjudicación del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.a) 2.a) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Tercero. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala 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.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

Cuarto. Entrando ahora ya en el análisis de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, alega SENIOR que la prescripción de los pliegos relativa a que el adjudicatario del contrato tiene que subrogarse en el personal, no es conforme a derecho, con fundamento en el artículo 130 de la LCSP, que exige que dicha obligación de subrogación se encuentre establecida en una norma legal, en un convenio colectivo o en un acuerdo de negociación colectiva.

Relata en su escrito que es en la cláusula Z), rubricada “condiciones especiales de ejecución del contrato”, del Anexo I. Cuadro de Características, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), donde se dispone:

“a) La empresa adjudicataria tiene la obligación de cumplir las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social, de seguridad y salud en el trabajo y de integración laboral, y en particular:

- Cuando las prestaciones que deben desarrollarse están sujetas a convenio colectivo, está obligada a cumplir con las disposiciones contenidas en dicho convenio. Entre ellas la

subrogación en los contratos de los trabajadores adscritos al servicio objeto de este contrato si así está previsto en el convenio, debiéndose respetar los derechos económicos y laborales que dichos trabajadores y trabajadoras tuvieran reconocidos.

Si en el convenio colectivo de aplicación no estuviera previsto como obligatoria la subrogación de los trabajadores, la subrogación contractual tendrá lugar siempre que los trabajadores adscritos a los servicios objeto del contrato manifiesten de forma voluntaria y unilateral su conformidad con la subrogación”.

En el apartado AB) “Otros aspectos, datos y observaciones a tener en cuenta”, de este Anexo I, se prevé:

“d) *SUBROGACIÓN DEL PERSONAL. Este contrato requiere la subrogación del personal adscrito al contrato actual que está prestando el servicio. La información sobre el personal adscrito a este contrato es la siguiente:*

M.R.C. CONSERJE- TIEMPO COMPLETO (165 H)

E.D.C. CONSERJE- TIEMPO PARCIAL (120 H)

C.G.L. CONSERJE- TIEMPO PARCIAL (120 H)

También, en el apartado 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), se dispone:

“7. SUBROGACIÓN

El adjudicatario tendrá la obligación de subrogarse como empleador de los trabajadores adscritos a la ejecución de las prestaciones en las mismas condiciones contractuales, respetando su antigüedad, salario según nómina y demás derechos laborales, según proceda legalmente. La información sobre las condiciones de los trabajadores se encuentra en el anexo I de este documento”.

Quinto. El órgano de contratación en su informe lo que alega es que la inclusión de cláusulas sociales, como la de la subrogación del personal, en la contratación del sector público regional de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, proviene de la

Instrucción 18/10/2016, del Consejo de Gobierno, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional, publicada por Resolución de 19 de octubre de 2016 de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas en el Diario Oficial de Castilla la Mancha.

En particular invoca el órgano de contratación el artículo 12, de esta Instrucción, rubricado “Condiciones especiales de ejecución”, cuyo apartado 3 b), señala:

“Con independencia de lo previsto al respecto en el convenio colectivo que resulte de aplicación, en aquellos contratos de servicios o gestión de servicios públicos cuyo objeto consista en la prestación de servicios sustancialmente iguales a los que desarrollaba la anterior empresa adjudicataria y en los que, de acuerdo con el estudio económico, el componente de mano de obra sea esencial, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán contemplar la obligación de la nueva empresa que resulte adjudicataria de subrogarse en los contratos de las personas trabajadoras de la empresa que resulte adjudicataria de subrogarse en los contratos de las personas trabajadoras que la empresa que cesa en la prestación del servicio hubiera adscrito a la realización del mismo, debiendo respetar los derechos económicos y laborales que la mismas tuviesen reconocidos.

En el supuesto de que el convenio colectivo de aplicación no contemple la subrogación como obligatoria, la subrogación contractual no puede ser impuesta a los trabajadores adscritos a la ejecución de los servicios objeto del contrato, por lo que el pliego de cláusulas administrativas particulares deberá establecer expresamente que ésta tendrá lugar siempre que dichos trabajadores manifiesten de manera voluntaria y unilateral su conformidad a la subrogación”.

Resulta, por tanto, de la Instrucción ahora parcialmente transcrita, que la subrogación de los trabajadores puede ser impuesta por el órgano de contratación con independencia de lo previsto en el convenio colectivo, lo que permite entender consecuentemente que la misma puede tener origen, como ocurre en el supuesto que nos ocurre, en una previsión a tal efecto estipulada en los pliegos que rigen la licitación.

Sexto. Sobre esta posibilidad, la de que los pliegos impongan, sin fundamento en norma legal ni tampoco en un convenio colectivo que sea de aplicación, la obligación de subrogación de los trabajadores, este Tribunal ha elaborado una consolidada doctrina, que de forma breve se procede a exponer, tomando como referencia la reciente resolución nº 379/2018, de abril de 2018, que a tal efecto señala:

“En cuanto a la subrogación de los trabajadores, el artículo 120 del TRLCSP señala: “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. 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 éste”.

En cuanto al contenido y alcance de dicho precepto, este Tribunal señaló, entre otras muchas, en sus Resoluciones números 181/2011, 8/2013, 75/2013, 136/2013, 264/2013, 608/2013, 321/2014, 872/2014 y 891/2014, en consonancia con la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus informes de 31/1999, de 30 de junio, y 33/2002, de 23 de octubre, lo siguiente:

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. 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 de éste 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.

También dijimos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que en el momento de convocarse una licitación se encuentre ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate, pero en ningún caso del pliego.

Ello es así porque los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y el adjudicatario, documento que en ningún caso excluye la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento. Por ello, el hecho de que en el pliego no se contemplen específicamente las distintas obligaciones impuestas por la normativa correspondiente no significa que las mismas no hayan de ser cumplidas.

En fin, señalamos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista, que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, no surge del artículo 44 del ET, pues la situación es la de una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria y no hay subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino de la exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Así lo corrobora la jurisprudencia que declara que la mera sucesión de contratistas no determina, por sí sola, la aplicación de dicho precepto, salvo que se transmita al contratista la infraestructura o la organización básica para la explotación (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, de 24 de julio de 2013 –Roj STS 4481/2013-, 13 de febrero de 2013 –Roj STS 993/2013– y 19 de diciembre de 2012 –Roj STS 9066/2012–).

Debe ser tenido, además, en cuenta, que, la nueva redacción del artículo 130 de la vigente LCSP expresamente señala que la obligación de subrogación debe venir impuesta en una norma legal, en un convenio colectivo o en un acuerdo de negociación colectiva, siendo coincidente esta exigencia con la doctrina ahora expuesta del Tribunal, que ya lo venía prescribiendo para la validez de la obligación de subrogación del personal, no haciéndolo así, sin embargo, el citado artículo 120 de la normativa anterior,

el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En el supuesto que nos ocupa, la obligación de incorporar la cláusula de subrogación del personal, señala el órgano de contratación, tiene su origen en esta instrucción, que analizada por este Tribunal no se puede considerar que se trate de un convenio colectivo, ni tampoco de un acuerdo de negociación colectiva.

Así, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, define los convenios colectivos en su artículo 82, *“como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”*, siendo requisitos para su validez, de conformidad con el artículo 90 del mismo texto legal, el que se presenten ante la autoridad laboral competente a los solos efectos de registro, y su publicación en el boletín oficial correspondiente en función del ámbito territorial del convenio.

Pues bien, la citada Instrucción no recoge o expresa ser el resultado de una negociación entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, no habiéndose tampoco alegado ni acreditado por el órgano de contratación esta circunstancia. Tampoco resulta posible concluir que la misma es el resultado de una negociación colectiva.

Debe en este sentido destacarse que el órgano de contratación en su informe expresamente señala que *“La instrucción por tanto, en esto no tiene ni el propósito ni el alcance de modificar las fuentes de la relación laboral, sino que exhorta a los órganos de contratación a que introduzcan aquella cláusula cuando la correcta ejecución del contrato requiera la continuidad y regularidad del servicio ante un cambio de contratista”*, regularidad que se garantiza entonces, si quienes prestan los trabajadores siguen siendo los mismos con independencia de quien sea la mercantil adjudicataria del contrato.

Esta argumentación no resulta, a juicio del Tribunal, por las razones expuestas, suficiente para considerar como válida la cláusula de subrogación del personal, debiendo además ser tenido en cuenta que nos encontramos ante un contrato de servicios, por cuya virtud

el órgano de contratación encarga la prestación del mismo a un tercero, siendo responsabilidad de este que el servicio se preste en las condiciones estipuladas en el pliego, con independencia de quienes sean los trabajadores o empleados del contratista que ejecute el contrato.

De este modo, la falta de previsión en un convenio colectivo o acuerdo resultante de la negociación colectiva de la subrogación laboral, unido a que tampoco la misma tiene apoyo en una norma legal, supone encontrarnos ante una obligación con origen en una previsión de los pliegos, que conforme a la doctrina de este Tribunal, y ahora también de conformidad con la previsión del artículo 130 LCSP, no es posible considerarla ajustada a derecho, motivo por el cual procede ser estimada la alegación del recurrente formulada en este recurso y dirigida a obtener la anulación de las cláusulas que recogen la citada subrogación laboral.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. B.S.P. en representación de la mercantil SENIOR SERVICIOS INTEGRALES S.A., contra los pliegos que han de regir la adjudicación del contrato de “*Servicio de taquillas en el Museo de Santa Cruz y filiales*”, con Expte. 1802TO18SER00138, convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, anulando el párrafo tercero de la cláusula Z, letra a) del Anexo I Cuadro de Características del PCAP, el apartado AB, Letra d) del mismo Anexo I del PCAP, y el apartado 7 del PPTP, retrotrayendo el expediente al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la medida cautelar adoptada, de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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