

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 2 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso formulado por don J.M.M., en nombre y representación de Albarz Hispania, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por el que se ha de regir el expediente de contratación “Mantenimiento integral, garantía total, de los edificios A, B, C, D y cafetería del Complejo El Águila”, número de expediente: C-332A/004-16 (A/SER-003268/2016), tramitado por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 24 de septiembre, 4, y 6 de octubre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, BOE y en el BOCM la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto criterio único precio, para el contrato de servicios, denominado “Mantenimiento integral, garantía total, de los edificios A, B, C, D y cafetería del Complejo El Águila”, C-332A/004-16 (A/SER-003268/2016), con un valor estimado de 658.372,00 euros.

Interesa destacar a los efectos del presente recurso que la cláusula 1.20 del

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), contiene información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores de la empresa que están prestando servicio en la actualidad. En concreto un encargado y tres oficiales de primera respecto de los que se indica su antigüedad, tipo de contrato y jornada.

Segundo.- La empresa Albarz Hispania, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación el 11 de octubre de 2016, contra el PCAP por el que ha de regirse el indicado contrato ante este Tribunal. El mismo día se requirió al órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo y el informe contemplado en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSP), que los remitió con fecha 14 de octubre.

El recurrente solicita al Tribunal que *“proceda a anular la condición de subrogación del personal que exige el pliego de cláusulas administrativas o el expediente de contratación, al no estar esta condición en el convenio colectivo de aplicación, al no haber ninguna motivación objetiva y al suponer una desventaja a la hora de licitar para las empresas interesadas respecto de la que fue adjudicataria del anterior expediente”*, de acuerdo con los argumentos que se expondrán al examinar el fondo de la cuestión.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo señala que junto con la subrogación legal y convencional, cabe la subrogación contractual siempre condicionada a la aceptación de los trabajadores afectados, tal y como se reconoce en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 658.372,00 euros, sujeto a regulación armonizada,

por lo tanto susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Segundo.- El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una, persona jurídica, potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), tal y como se desprende del artículo 2 de sus estatutos, aportados junto con el recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, el mismo deberá interponerse en el plazo de quince días hábiles que en el caso de que el acto recurrido sea el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 del TRLCSP, de acuerdo con el artículo 44.2.a) del mismo texto legal. En el mismo sentido cabe citar el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

En este caso consta que una vez publicada la convocatoria en el DOUE el día 24 de septiembre, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados en el perfil de contratante el día 6 de octubre, por lo que el recurso que tuvo entrada en el registro de este tribunal el 11 del mismo mes, se interpuso dentro del plazo previsto para ello.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- El objeto del presente recurso se contrae al examen de la legalidad del PCAP por lo que se refiere al tratamiento que en el mismo se establece respecto de la obligación de subrogación de los trabajadores.

No cabe desconocer que la cuestión planteada en el recurso y la defensa de contrario del contenido del pliego efectuada por el órgano de contratación, responden a una cuestión doctrinal polémica, no exenta de dificultad y que encuentra pronunciamientos dispares en la jurisprudencia. Así mientras que la jurisdicción social parece admitir la posibilidad de que la subrogación de trabajadores venga impuesta en los pliegos que han de regir la contratación, la jurisdicción contencioso administrativa, -con la salvedad de la Sentencia de la Audiencia Nacional invocada por el órgano de contratación-, la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, así como determinados informes de la Abogacía del Estado, como el Informe de 29 de junio de 2005, consideran que la subrogación del personal es una cuestión que corresponde al ámbito laboral y sobre la que no cabe establecer obligaciones autónomas en los pliegos.

Cabe aun profundizar algo más en la exposición de ambas posturas en aras de clarificar el estado actual de la cuestión en la mayor medida posible. Así en el ámbito de la jurisdicción laboral podemos traer a colación la Sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de la doctrina 2423/2003, de fecha 4 de abril de 2005, que señala en su fundamento de derecho tercero, *“en otro caso de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión”*.

Cabe así mismo considerar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de febrero de 2000, 4949/1998, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, cuyo objeto estriba en si resulta o no válida la subrogación en diversos contratos de trabajo, impuesta en el pliego de condiciones a una empresa a quien se adjudica una contrata en régimen de competencia con otra

contratista que hasta ahora había venido desempeñando, como monopolista, el servicio, y continúa prestándolo en lo sucesivo en concurrencia con la nueva adjudicataria, oponiéndose a tal subrogación los trabajadores afectados por ella, en la actividad de handling, que parece asimismo considerar esta opción cuando de forma negativa previene que no es posible imponer la obligación sin contar con el consentimiento de los trabajadores lo que implica, a sensu contrario, su admisión en caso de concurrir este último: *“Siendo ello así, no resulta aplicable el citado art. 44.1 del ET, y por ello el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1205 del Código Civil), siendo por ello de acoger la tesis de los recurrentes, que invocan como infringidos el precepto últimamente citado, y los arts. 1257 y 1091 del Código Civil, por inaplicación, y de la Jurisprudencia interpretadora del art. 44 del ET, por aplicación indebida”.*

Por otro lado la jurisdicción contencioso administrativa y la doctrina de los tribunales de contratación pública y de las juntas consultivas sostiene la tesis contraria de acuerdo con los siguientes argumentos, que asimismo son los que ha sostenido este Tribunal en anteriores resoluciones.

Así se parte de que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET, que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, *“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". Respecto de este tipo de subrogación legal el Tribunal Supremo ha señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación 2343/2002, que para exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser *"una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada"*, añadiendo la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación 15/2014, que *"lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas), no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos"*, así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirma que la unidad productiva autónoma *"debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente"*.

Ahora bien la raíz de la controversia se presenta precisamente porque no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Supremo, ya desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990 ROJ 17364/1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, *"sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados"*.

Lo anterior significa que, si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello

pueda ser así al caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables.

A lo anterior cabe añadir que también se considera que se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato. Es lo que se ha venido a denominar la “sucesión de la plantilla”, sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127 y 229/96, S.H. – H.V., entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y 7202) o la de 5 de marzo de 2013 (RJ 3649).

Además cabe la denominada subrogación convencional de acuerdo con lo establecido entre otras en Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, una dictada en el Recurso de Casación 4206/2000, y otra de 3 de junio de 2002, dictada en el Recurso de Casación 4892/2000, vienen a determinar que la única vía por la que puede operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratos administrativos, es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación, excluyendo el convenio de empresa y con los límites que se establezcan en el propio convenio colectivo que la prevea.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe núm. 58/2009 de 26 febrero 2010, señala que *“Conviene, finalmente, señalar que la subrogación en las relaciones laborales de que venimos hablando aquí no puede incluirse dentro del concepto de sucesión en la empresa que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997). En efecto este texto legal define la sucesión en la empresa diciendo que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Del precepto transcrito*

se desprende que la sucesión en la empresa requiere la transmisión de toda una serie de elementos organizativos que la dotan de individualidad y no una mera subrogación en las relaciones laborales, derivadas de la ejecución de un contrato”.

En el mismo sentido más recientemente se ha pronunciado el Informe 5/2014, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la junta de Andalucía, de 24 de noviembre, sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública.

Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones núm. 75/2013, de 14 de febrero o 969/2015, de 23 de octubre, siguiendo una línea doctrinal constante, señala del mismo modo al respecto 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. 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 de 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”.*

De ahí que este Tribunal y el resto de órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación hayan señalado en diversas resoluciones que no es preciso que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior estuviera recogida con carácter general en los pliegos, puesto que dicha obligación no deriva de los pliegos, sino del régimen jurídico laboral aplicable a las relaciones existentes entre los empleadores y empleados, de manera que a sensu contrario, si procediera legalmente la subrogación de trabajadores, ninguna

virtualidad tendría desde la óptica del derecho de los trabajadores y la correlativa obligación del empleador, que se estableciera lo contrario en los pliegos.

Sin embargo el órgano de contratación trae a colación una Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, que prevé que cabe junto con la subrogación legal y convencional, un tercer supuesto constituido por la subrogación contractual vía pliegos, de forma condicionada a la voluntad del trabajador con un *“claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo”*. No desconoce esa Sentencia la corriente jurisprudencial opuesta, ya que cita de contrario la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2014, que llega a la conclusión contraria, precisamente en un asunto en que se impugnaba una resolución de este Tribunal negando la posibilidad de subrogación contractual y avalando nuestra postura.

Pero es que además el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso, en diversas Sentencias, como la de 8 de junio de 2016, dictada en el recurso de casación 1602/2015, avala una Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales señalando que *“La resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales es conforme a la interpretación que la Sala ha realizado en la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) y en las anteriores a las que se remite.*

En efecto, en esa sentencia se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente. La Sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos.

La diferencia en el caso de la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió

entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación” (vid asimismo la Sentencia de 11 de junio de 2004, RJ 5170).

A la vista de la doctrina anteriormente expuesta, y con objeto de resolver este caso concreto, este Tribunal considera que no se han traído a colación argumentos suficientes como para separarse de la doctrina que ha venido sosteniendo con fundamento en los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, a lo que cabe añadir, dicho sea con todo el respeto, que no comparte el conjunto de los argumentos expuestos por la Audiencia Nacional en la Sentencia citada, al justificar la procedencia de la obligación contractual de subrogación.

Así por lo que respecta al primer argumento, *“estar basada en el principio de libertad de pactos del artículo 25 del LCSP”*, este Tribunal entiende que no se trata de un principio que opere de forma absoluta, de manera que solo lo es en la medida que respete la normativa aplicable de que se trate, en este caso la laboral; tampoco el argumento de su previsión en el artículo 120 del TRLCSP, nos parece un argumento de peso, cuando la dicción literal del precepto ha sido interpretada en el sentido de que lo único que prevé es la obligación de facilitar la información pertinente al objeto de realizar una oferta cabal. Del mismo modo la cita de Sentencias del Tribunal Supremo del ámbito laboral, tampoco aparece como determinante cuando como hemos expuesto existen sentencias del ámbito contencioso que establecen lo contrario. Por último, la cita del artículo 75 de la LOTT a nuestro juicio, refuerza la postura contraria a la admisión de la obligación contractual de la subrogación, puesto que sin perjuicio de que su ámbito debe circunscribirse al sector de los transportes, constituye un supuesto de subrogación legal puesto que es la Ley de ordenación de los transportes terrestres, la que introduce la obligación que a nuestro juicio solo deberá “reflejarse” en los pliegos.

A todo lo anterior hay que añadir que si bien teóricamente caben ambas interpretaciones, desde el punto de vista de la praxis, se aprecia que en muchas ocasiones las empresas realizan “política de personal” a través de la contratación pública, lo que puede colocar a las pequeñas y medianas empresas eventualmente

ante la imposibilidad o incertidumbre de asumir una contratación con una importante carga de personal, salvo en el caso de imposición convencional o legal, ante la inseguridad de que la obligación pueda o no establecerse en los pliegos (circunstancia que se produce en cada licitación pero despliega efectos respecto de la siguiente). Además se aprecia por este Tribunal la dificultad de realizar una oferta cabal ante la necesidad de contar con el consentimiento de los trabajadores que dependería de la empresa que resultara adjudicataria, de forma que los costes de personal de los contratos serían inciertos en cuanto a la subrogación al menos hasta el momento de la adjudicación, lo que puede llevar a ofertas ineficientes ante la eventualidad de contar con un personal y en unas condiciones inciertas.

Por último no cabe desdeñar que a través de sucesivas subrogaciones de personal no pactadas convencionalmente, la Administración se coloca en la posición de empleador, pero sin embargo carece de capacidad de negociación al ser un tercero en las relaciones laborales entre empresa y trabajadores.

Por todo lo anterior este Tribunal considera que no es posible establecer en los pliegos la obligación de subrogación del personal que viniera desempeñando las labores objeto del contrato a licitar, por lo que debe anularse el pliego y correlativamente la licitación debiendo convocarse una nueva, no siendo posible únicamente tener la cláusula por no puesta, en tanto en cuanto al modificarse las condiciones de la prestación, las ofertas efectuadas no responden a los costes reales del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso formulado por don J.M.M., en nombre y representación de Albarz Hispania, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por el que se ha de regir el expediente de contratación “Mantenimiento integral, garantía total, de los edificios A, B, C, D y cafetería del Complejo El Águila”, número de expediente: C-332A/004-16 (A/SER-003268/2016), tramitado por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, declarando la nulidad del PCAP en cuanto establecen la obligación de subrogación del personal que viene prestando el servicio en la actualidad, debiendo modificarse los pliegos y conceder nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Segundo.- 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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.