

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

En Madrid, a 30 de julio de 2014.

VISTO el recurso formulado por Doña I.M.P., en nombre y representación de Munda Ingenieros S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por el que se ha de regir el expediente de contratación “Servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos”, Expte. 2014/014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de julio de 2014 se publicó en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de servicios, denominado “Servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos”, Expte. 2014/014, con un valor estimado de 3.231.221,76 euros. El importe neto del presupuesto base de licitación asciende a 1.615.610, 88 euros, a razón de 9,92 euros la hora, IVA excluido.

Interesa destacar a los efectos del presente recurso que la cláusula 27 del

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece que *“La empresa adjudicataria deberá contratar el personal necesario para atender a sus obligaciones y, en su caso, y sin perjuicio de lo establecido en esta misma cláusula, hacerse cargo, en la forma reglamentaria que se determine, del personal procedente de otra u otras contrataciones cuando así lo exijan las normas, convenios o acuerdos en vigor. No obstante, la Universidad podrá determinar las medidas necesarias, en razón del interés público, para el correcto y eficaz cumplimiento del servicio quede asegurado, aun cuando éstas pudieren contradecir pactos o acuerdos convencionales.”*

Segundo.- La empresa Munda Ingenieros S.L., interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación el 28 de julio de 2014, contra el PCAP por el que ha de regirse el indicado contrato ante este Tribunal, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 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). 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 TRLCSP.

El recurrente solicita alternativamente al Tribunal que *anule el PCAP y lo deje sin efecto, debiendo ofertar otro concurso de las mismas características en la que se incluya dentro de sus cláusulas una que establezca la obligatoriedad de subrogación del personal existente en la actualidad y que está adscrito al Servicio de Auxiliares de Servicio de la Universidad Rey Juan Carlos, y si se considera que no procede su anulación, por cuanto el resto del clausulado se considere correcto y ajustado a Derecho, que se modifique el que ha sido publicado, en el sentido de incluir una nueva cláusula, o incluso que se modifique la actual cláusula 27ª, referente al Personal, en el sentido indicado de que se establezca la obligatoriedad de Subrogación del personal existente en la actualidad y que está adscrito al Servicio de Auxiliares de Servicio de la Universidad Rey Juan Carlos debiéndose conceder nuevo plazo para presentación de ofertas.”*

Tercero.- La Universidad Rey Juan Carlos, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo reconociendo que ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas ni en el Pliego de Prescripciones Técnicas se establece la obligatoriedad de subrogación del personal que está actualmente adscrito a la contrata, señala respecto de la afirmación de que en el anterior pliego pudiera haberse establecido la obligación de subrogación del personal, que se trata de otro expediente de contratación que en modo alguno afecta a la resolución del recurso que nos ocupa. Asimismo señala respecto a la solicitud del listado del personal de la empresa que estaba prestando el servicio, por parte del servicio de contratación, que esta solicitud se ha realizado en otras ocasiones tanto a esta empresa, como al resto de empresas adjudicatarias, durante el periodo de ejecución del contrato, y ello dentro de la facultad de inspección que ostenta la Administración respecto a la ejecución de los servicios contratados, y al amparo, en este caso particular, de lo dispuesto en la prescripción séptima del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato actualmente en vigor.

Respecto de la procedencia de la subrogación en el contrato que nos ocupa, afirma que dicha pretensión se *“encuentra directamente relacionada con los intereses económicos de SU empresa, tratando, al entender de esta parte, de enmascarar con el presente recurso su falta de la debida prudencia al presentar su oferta al expediente en el que ahora es adjudicataria, al no haber previsto dentro de su costes la eventual y posible asunción de la plantilla”*, para a continuación concluir que *“la Universidad consideró, al amparo de los principios que deben regir su actuación, y a la luz de la más reciente doctrina acerca de la subrogación, que no debía establecer expresamente la exigibilidad de la misma en los pliegos rectores del expediente de referencia, pues con ello se estaría invadiendo la esfera de las relaciones entre trabajador y empresa, y por considerar que se trata de una cuestión sobre la que únicamente debe conocer la jurisdicción laboral”*.

Aduce el informe falta de legitimación activa de la recurrente por falta de

aportación del Acuerdo expreso del órgano estatualmente competente por el que se autorizaría la presentación del presente recurso, por lo que solicita la inadmisión del mismo y subsidiariamente su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso se ha interpuesto contra el PCAP de un contrato de servicios, cuyo valor estimado asciende a 3.231.221,76 euros, superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Segundo.- El recurso se ha interpuesto por persona legitimada al tratarse de una empresa licitadora, persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Debe no obstante ante el contenido del informe del órgano de contratación examinar la legitimación de la recurrente. El TRLCSP admite la legitimación de personas jurídicas, bien sean licitadoras, normalmente personas jurídico-mercantiles o empresas, o bien personas jurídicas asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas, tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que, en este caso, no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso. En los casos en que el recurso se interponga por este tipo de entidades, además de los requisitos de legitimación relativos al objeto del recurso, es criterio de este Tribunal que debe exigirse la aportación de los acuerdos para la interposición del recurso, adoptados por los órganos que conforme a sus normas de creación y funcionamiento, autoricen el ejercicio de acciones, so pena de inadmisibilidad del recurso.

Esta exigencia deriva de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo

45 de la LJCA, “Al escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se acompañará d) “El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”. Sin embargo, el artículo 32 de la LRJ-PAC, aplicable por disposición expresa del artículo 46 del TRLCSP, no contiene una referencia expresa a tal efecto. La exigibilidad de tales acuerdos en el ámbito del Recurso Especial, es una cuestión polémica no resuelta normativamente, ya que no resulta descabellada la interpretación de que la omisión específica de la necesidad del acuerdo para recurrir en el ámbito del Recurso Especial, implica la voluntad del legislador de no incorporar esta carga procesal al mismo.

Sin embargo, este Tribunal entiende que de dicha omisión no puede sin más extraerse la inexigibilidad del acuerdo para interponer el recurso especial cuyas resoluciones son ejecutivas y únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa, resultando tal exigencia una garantía teniendo en cuenta la posible existencia de intereses en conflicto, en este tipo de entidades.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 165/2013, de 16 de octubre. Es criterio constante de la jurisprudencia que para accionar en nombre de una entidad corporativa o asociativa, como requisito es necesario acreditar la existencia de un acuerdo del órgano facultado para adoptar la decisión de recurrir, como expresión de la voluntad colectiva cuyos intereses representa y defiende. Debe acudir a la normativa especial de cada una de las clases de entidades, así como a sus normas estatutarias, a efectos de determinar qué órgano tiene atribuidas las competencias para acordar el ejercicio de acciones administrativas.

Ahora bien, tal y como consta en nuestra Guía de Procedimiento adoptada por Resolución 2/2013, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación

Pública de la Comunidad de Madrid, por la que se modifica la guía informativa sobre la regulación del Tribunal y los procedimientos seguidos ante el mismo, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, este requisito solo es exigible a las Asociaciones representativas de intereses colectivos y Corporaciones de derecho público, en atención al posible conflicto de intereses que pudiera producirse respecto de sus asociados, conflicto que no se aprecia en el ámbito de las empresas licitadoras, cuya decisión de recurrir puede apreciarse implícita en el otorgamiento de poderes o explícita cuando el recurso se interpone por el órgano competente para ello. Así el tenor literal de la indicada guía es el siguiente: *“Las Asociaciones representativas de intereses colectivos y Corporaciones de derecho público, deberán aportar la acreditación de que el órgano que estatutariamente tenga atribuida la facultad para el ejercicio de acciones, ha adoptado el acuerdo de interponer el recurso contra el acto concreto objeto del mismo. Este requisito no es exigible a los interesados que tengan la condición real o potencial de licitadores.”*

Por lo tanto no se aprecia falta de legitimación en la recurrente.

Tercero.- Siendo el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, esta regla general tiene una concreción en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, en cuyo caso el cómputo 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 texto refundido.

En este caso consta que una vez publicada la convocatoria el día 10 de julio en el BOE, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados en la plataforma de contratación del Estado el mismo día, por lo que el recurso que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 28 de julio de 2041, 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.- La recurrente solicita que se reciba el recurso a prueba de acuerdo con el artículo 46.4 del LTRLCSP. Aporta como medio de prueba documental una serie de documentos, algunos de ellos forman parte del expediente administrativo, mientras que otros, -documentos 7 a 12-, se refieren a licitaciones anteriores del mismo contrato. Y el resto a comunicaciones relativas a la subrogación del personal documentos 15 a 20.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 46.4 se recibe el procedimiento a prueba que será la documental consistente en que se den por reproducidos los documentos aportados por la recurrente, con su recurso.

Sexto.- El objeto del presente recurso se contrae al examen de la legalidad de la cláusula 27 del PCAP por lo que se refiere al tratamiento que en la misma se establece respecto de la obligación de subrogación de los trabajadores.

Afirma la recurrente que tanto el PCAP como el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en las cláusulas relativas al personal no establecen la obligación de subrogación de los trabajadores actualmente adscritos a la contrata, mientras que el pliego del procedimiento de licitación anterior se recogía expresamente esta obligación en el PPT. Reconoce asimismo que con fecha 24 de junio se requirió a la empresa para que remitiese el listado de personal que presta el servicio. Entiende por tanto que se produce una discriminación vulneradora del artículo 14 de la CE ya que en el actual contrato se produce una disminución de precio y de horas de

prestación del servicio que llevará consigo la necesaria adaptación de plantilla y consiguiente despido de trabajadores y el hecho de que no se establezca la obligación de subrogación las empresas licitadoras, a excepción de Munda Ingenieros S.L., podrán hacer sus cálculos para presentar sus ofertas de licitación sin tener en cuenta esos costes indemnizatorios laborales, pues les bastaría con no subrogarse en ninguno de los trabajadores que actualmente prestan sus servicios en la contrata para que no se dé el fenómeno de la sucesión de empresas, previsto y regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no existiendo tampoco convenio colectivo aplicable a esta actividad, razón por la cual esos costos indemnizatorios recaerían exclusivamente en la empresa Munda Ingenieros S.L., que si se quiere presentar efectivamente al concurso, necesariamente tendría que tenerlos en cuenta, por lo que la oferta que habría de presentar no podría ser competitiva en modo alguno, es decir, el principio de igualdad y de no discriminación entre licitadores habría sido conculcado de forma absolutamente flagrante y manifiesta.

Se invoca asimismo la vulneración del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, ya que *“El órgano de contratación de la URJC ha cambiado radicalmente de criterio entre un concurso y otro, pasando de imponer la obligatoriedad de la subrogación del personal en el concurso de 2012, a no regular nada sobre esta materia en el presente concurso de 2014.”*, sin motivar el cambio adoptado como exige el artículo 54.1.c) del TRLCSP.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET *“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.

Por su parte la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, 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, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos.

Respecto de la procedencia de la sucesión de empresas dos Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, dictada en el Recurso de Casación 4206/2000, y de 3 de junio de 2002, dictada en el Recurso de Casación 4892/2000 respectivamente, viene 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.

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.”

Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº156/2013, de 18 de abril, señala del mismo modo al respecto que *“El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no tiene el alcance ni la aplicabilidad al caso que pretende el recurrente, pues no existe una subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria. Ello sin perjuicio de lo que dispongan los convenios colectivos para este supuesto. Ni el recurso ni el informe del órgano de contratación hacen referencia a la existencia de norma de convenio colectivo que establezca la subrogación en los trabajadores. La cuestión ha sido tratada por el Tribunal bajo diversas perspectivas, siendo la planteada en el recurso la más general, esto es, si tiene o no que constar esta previsión en los pliegos. Así, en la resolución 181/2011 se indicó: “...Tercero. La cuestión de fondo planteada por la recurrente se reduce a la falta de inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de mención alguna a la posible obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes entre el anterior contratista y el que resulte de la licitación convocada. Tal cuestión surge en relación con la exigencia establecida en el artículo 104 de la ley de Contratos del Sector Público en el sentido de que “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.”*

Todo 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 ello cabe añadir que en la situación actual de racionalización del gasto público, es una constante la reducción de las prestaciones objeto de este tipo de contrato, bien reduciendo horario, prestaciones u otras semejantes, lo que lleva consigo un importante efecto en el caso de que exista la obligación de subrogar trabajadores, al precisarse menos trabajadores para la prestación actual del contrato de los que lo vienen ejecutando, lo que obliga en su caso a despedir a la plantilla sobrante con la correspondiente indemnización, lo que entra dentro del ámbito del mercado privado de servicios y de personal. Pues bien este mismo efecto se produce agravado en el caso de que la obligación de subrogación no esté prevista.

En este caso, el PCAP, contiene una cláusula de subrogación genérica indicando que la misma procederá cuando así lo establezcan las normas aplicables, lo que en concreto para el contrato objeto de licitación implica la improcedencia de la subrogación, ya que no existe convenio colectivo, sectorial o de empresa aplicable a los trabajadores que vinieran prestando el servicio, como reconoce la recurrente.

Asimismo ha señalado este Tribunal 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 procedería 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.

Debe aún hacerse mención a la eficacia que sobre el actual PCAP pudiera tener el que regía el contrato anterior, habida cuenta de que se invoca tanto la vulneración del principio de confianza legítima, como de la necesidad de motivar el cambio de criterio del órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 54 de la LJR-PAC.

Advierte este Tribunal que la premisa de hecho que justificaría la invocación de ambos principios no responde a la realidad, y es que también en los pliegos que regían la licitación del mismo contrato en el año 2012, expte 2012/003 SERAP, se contemplaba del mismo modo que en los pliegos actuales la obligación de subrogación. En efecto la cláusula 27 del PCAP del año 2012, tenía idéntico contenido a la cláusula 27 del PCAP del contrato actual. Por su parte, en el PTT del contrato del año 2012, se establecía en la cláusula quinta f) que *“A título informativo, en el Anexo II, se incluyen los datos más significativos del personal que actualmente presta el servicio facilitados por la empresa adjudicataria.”* Esta última mención quizá pudo inducir a la adjudicataria a considerar que la subrogación era obligatoria a pesar de que se indicaba que la relación tenía efectos informativos.

En cuanto a las relaciones entre adjudicatarias, saliente y entrante del nuevo contrato y la circunstancia de que por la ahora recurrente se subrogara el personal de la empresa saliente, no implica que dicha obligación se hubiera establecido con carácter de tal en los pliegos. Tampoco se deduce que la subrogación fuera obligatoria derivada de los pliegos en las comunicaciones con el órgano de contratación que se limita a solicitar el listado del personal que presta los servicios actualmente (documentos 17, 18 y 19), sin hacer indicación alguna a la subrogación que solo menciona la recurrente en el documento 18, y sin hacer mención alguna a su carácter obligatorio.

De todo o anterior resulta que en todo caso la contratación que pudiera hacer del personal que venía prestando entonces los servicios fue una decisión

empresarial libre y no permite en modo alguno considerar vulnerados los principios invocados por lo que este Tribunal entiende que debe desestimarse el recurso también por este motivo.

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.- Desestimar el recurso formulado por Doña I.M.P., en nombre y representación de Munda Ingenieros S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por el que se ha de regir el expediente de contratación “Servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos”, Expte. 2014/014.

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.