



Recurso nº 1198/2019 C.A. Cantabria 51/2019

Resolución nº 1355/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 25 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. B. D. P., en representación de INTEGRA MANTENIMIENTO Y GESTIÓN DE SERVICIOS INTEGRADOS (MGSI), CEE, S.L. contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de correo interno para la Universidad de Cantabria*”, expediente 2019/ABRSER024, convocado por la Universidad de Cantabria, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Universidad de Cantabria convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público de 13 de septiembre de 2019, la licitación del contrato de servicio de correo interno para la Universidad de Cantabria.

El valor estimado del contrato asciende a 138.000 euros, y el plazo de duración del contrato es de un año, siendo susceptible de tres prórrogas anuales.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Por escrito de fecha 27 de septiembre de 2019, INTEGRA MANTENIMIENTO Y GESTIÓN DE SERVICIOS INTEGRADOS (MGSI), CEE, S.L. ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.



De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 2 de octubre de 2019.

Al amparo del artículo 56.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, no constando la presentación de ningún escrito al respecto.

Cuarto. La Secretaria de este Tribunal, en el ejercicio de competencias delegadas, dictó el 9 de octubre de 2019, resolución por la que se concedía la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicado mediante la Resolución de 5 de diciembre de 2012, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales.

Segundo. La recurrente, INTEGRA MANTENIMIENTO Y GESTIÓN DE SERVICIOS INTEGRADOS (MGS), CEE, S.L., estaría legitimada para la interposición de este recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, toda vez que se trata de una persona, en este caso jurídica, que puede resultar afectada, de forma favorable, en el hipotético supuesto de que este Tribunal dicte una resolución estimatoria de su pretensión.

Tercero. El acto que es objeto de recurso son los pliegos rectores del procedimiento de licitación del contrato de servicios.



De conformidad con los artículos 44.2.a) y 44.1.a) de la LCSP, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en lo sucesivo) de un contrato administrativo de servicios y los correspondientes Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT), son susceptibles de impugnación mediante el recurso especial en materia de contratación, siempre y cuando se trate de un contrato de servicio con un valor estimado superior a 100.000 €, circunstancia esta que también concurre.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de quince días previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso se refiere, nos referiremos en primer lugar a la alegación relativa al vicio de nulidad que considera presenta el apartado 21 del Anexo I del PCAP y el apartado 2.4 del PPT, en cuanto que imponen a la futura adjudicataria la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo existentes. Considera que estas cláusulas son nulas de pleno derecho y contrarias a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que expone de forma extensa en su escrito, dado que prevén una obligación de subrogación no prevista en el Convenio colectivo aplicable, que no se puede establecer a través de los pliegos.

En relación con esta alegación, lo que el órgano de contratación expone en su informe es que por razón del tipo de servicio de que se trata, nos encontramos en presencia de un supuesto de sucesión de empresas, regulado en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET, en lo sucesivo), concurriendo por tanto los elementos que determinan la transmisión de la relación jurídica laboral por imperativo legal, no pudiendo ser la misma excluida por convenio colectivo.

Concluye el informe que *«en el presente caso y dado el carácter esencial de la identidad y de que la actividad a realizar sea esencialmente mediante la aportación de mano de obra, da lugar a que se considere que existe la obligación de subrogación por imperativo legal y en atención a lo previsto en el art. 44 en relación con el art. 3 del E.T»*.

Sexto. Analizadas por este Tribunal las dos cláusulas a las que el recurrente imputa la infracción de la normativa legal vigente, se comprueba que en el apartado 21 del Anexo I



del PCAP, efectivamente constan los datos del trabajador en cuya relación laboral tiene que subrogarse la empresa adjudicataria del contrato, disponiendo por su parte el apartado 2.4 del PPT que *«el contratista, con efectos de inicio de la vigencia del contrato, estará obligado a subrogar a los trabajadores subrogados procedentes»*.

1. En relación con la cuestión planteada, la de si procede o no la subrogación laboral de los trabajadores cuando no lo dispone así un convenio colectivo, por entender el órgano de contratación aplicable el artículo 44 del ET, este Tribunal, en la reciente resolución nº 1035/2019, de 23 de septiembre de 2019, se ha pronunciado, estimando el recurso, sobre una alegación similar a la presente, en los siguientes términos que se procede a reproducir:

«Para dar respuesta a la cuestión planteada hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, a cuyo tenor:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.



2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación. Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”.

De modo que la previsión de subrogación en el PCAP y en el PPT puede recogerse cuando así se prevea en una norma legal, en un convenio colectivo o en un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Sostiene el órgano de contratación que en el caso que nos ocupa no existe convenio sectorial aplicable, rigiéndose los trabajadores por el TRET. La obligada subrogación contenida en los pliegos la justifica el órgano de contratación en la previsión legal contenida en el artículo 44 del TRET, en su modalidad de “*sucesión de plantillas*”, ya que el objeto del contrato descansa de forma esencial en la mano de obra (servicios auxiliares: azafatas, conductores).

2. Ello exige apreciar si en el caso presente se produce una sucesión legal recogida en el artículo 44 TRET, precepto que dispone:

«1. 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.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, 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».



A la vista de tal precepto este Tribunal no aprecia que concurra con la ejecución del contrato objeto de licitación sucesión de empresas, en tanto que, por un lado, el órgano administrativo ni siquiera manifiesta que vaya a acontecer con ocasión de la celebración del nuevo contrato una transmisión de un conjunto de medios organizados; y por otro, tal circunstancia no se desprende del contenido de los pliegos.

3. Corresponde a continuación examinar si por el hecho de encontrarnos ante un contrato de servicios en el que la mayor parte de la prestación es la mano de obra, haya de acontecer, por aplicación directa del artículo 44 del TRET una «sucesión de plantillas» que imponga la necesidad, en aplicación del tal precepto, de fijar una subrogación de origen legal en los pliegos.

Al respecto, hemos de comenzar por traer a colación la reciente doctrina de este Tribunal expuesta en la resolución nº 910/2018, en la que se anula la cláusula de subrogación del personal recogida en los pliegos sobre la base de una Instrucción de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas de Castilla la Mancha, que establecía el deber de recoger en los Pliegos la subrogación en los siguientes términos (análogos a los que el órgano de contratación emplea para justificar la subrogación que contienen los presentes pliegos): *«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. que contenía igual previsión a acerca de la “sucesión de plantillas».*

Este Tribunal no dio por buena tal previsión sobre la base de una consolidada doctrina de la que daba reflejo y que en lo que aquí interesa y tomando como referencia la resolución nº 379/2018 señala 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 el 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 (...), 13 de febrero de 2013(...), y 19 de diciembre de 2012(...)).

En efecto, el Tribunal Supremo tiene sentada doctrina conforme a la que cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional, destacando además tal doctrina (que se ha visto corregida recientemente sólo en el siguiente particular tal y como veremos a continuación), que era el propio convenio el que debía configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resultase encuadrable en el art. 44 TRET. Valga por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 31 de mayo de 2017 (R.º 234/2016) en la que se manifiesta que : *«en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera –por ese solo hecho– la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá –o no– de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información socio laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente».*



Con ello, se aprecia que la denominada «*sucesión de plantillas*» y la obligación de subrogación que de la misma pueda derivarse, va inexcusablemente unida a la previsión que sobre este particular haga el correspondiente Convenio Colectivo. Es decir, la «*sucesión de plantillas*» no es una modalidad de subrogación que nazca directamente del enunciado del artículo 44 del TRET, tal y como interpreta el órgano de contratación, sino que se asimila a una sucesión empresarial siempre que se recoja dicha subrogación en los Convenios Colectivos. Por lo tanto, la subrogación incluida en los Pliegos no está amparada por una previsión legal contenida en el artículo 44 del TRET.

4.La doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta ha sido recientemente rectificada, como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018 (C-60/17) (TJCE 2018, 142), Asunto Somoza Hermo e Ilunion Seguridad. Y derivada del fallo de tal sentencia, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018 modifica su corriente jurisprudencial: Así, hasta ahora, el Tribunal Supremo sostenía que cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional y es el propio convenio el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el art. 44 TRET.

Con la nueva doctrina derivada de la sentencia Somoza Hermo, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), aplica gran parte de los efectos de la sucesión de las empresas previstos en el artículo 44 a los supuestos de “sucesión de contratas”, pero mantiene inalterado este concepto. En otras palabras, la novedad jurisprudencial radica en que en aquellos casos en los que la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo comporte una sucesión de plantilla, deberán aplicarse las obligaciones establecidas en el artículo 44 del TRET para los supuestos de sucesión de empresas, lo que comportará obligaciones adicionales, básicamente económicas, para el nuevo contratista.

5.Con ello, incluso tras los novedosos pronunciamientos jurisprudenciales no puede sostenerse que el artículo 44 del TRET recoja un supuesto genérico de sucesión de plantillas por el mero hecho de que estemos ante servicios donde la mano de obra constituya un factor esencial; lo que sucederá en aquellas contratas en las que el personal



esté amparado por Convenios Colectivos que prevén la subrogación, es que los efectos previstos en el artículo 44 del TRET se aplicaran con prevalencia a los efectos previstos en el propio Convenio Colectivo. Pero ello no implica que la sucesión de plantillas se convierta en un supuesto incardinado en el concepto de sucesión de empresas recogido en el artículo 44 del TRET.

Por ello, los Pliegos no pueden imponer la subrogación, pues la misma quedará condicionada a lo que establezca el correspondiente convenio colectivo aplicable a cada uno de los trabajadores que actualmente trabajan para la empresa que presta el servicio que es objeto de licitación, por lo que deberá estimarse el recurso en este aspecto debiendo, en su caso, matizarse el contenido de las cláusulas cuestionadas subordinando la eventual subrogación a lo que disponga el Convenio aplicable.

6. Sostiene el recurrente y así lo ha constatado este Tribunal, que la relación del personal a subrogar viene recogida en el Anexo I del PPT, y que en el mismo no se especifica ningún convenio de aplicación, haciendo referencia únicamente al Estatuto de los Trabajadores. Tampoco se recoge, como establece el artículo 130 de la LCSP si la actual adjudicataria es centro especial de empleo y si alguno de los trabajadores relacionados tiene reconocido algún grado de discapacidad. Ahora bien, al no haberse alegado ni identificado por ninguna de las partes la aplicación de un determinado convenio colectivo que imponga la subrogación obligatoria del personal, no tiene sentido alguno pronunciarse sobre la información facilitada, necesaria tan sólo cuando «*una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga la subrogación*» como expresamente declara el art. 130 de la LCSP.

De conformidad con la doctrina ahora mismo expuesta, considera este Tribunal que procede estimar la pretensión del recurrente, declarando la nulidad del apartado 21 del Anexo I del PCAP y el apartado 2.4 del PPT, en cuanto que imponen a la futura adjudicataria del contrato la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo existentes.

Séptimo. Se alega en segundo lugar también el carácter no ajustado a derecho de la cláusula 7ª del PCAP y el apartado 7 del Anexo I, por no contenerse en las mismas el



debido desglose de los costes directos e indirectos en que debe descomponerse el presupuesto base de licitación.

Señala que sólo contempla el porcentaje que sobre el presupuesto de licitación suponen los costes directos, 67% (personal, uniformidad, absentismo, vehículos, gastos de seguro de vehículo, combustible, etc...), y los costes indirectos, 33% (gastos de administración, tributos, beneficio industrial, seguro de responsabilidad civil, etc...), pero no contienen ni el porcentaje de gastos generales, ni de beneficio industrial.

En relación con esta alegación, invoca principalmente como conculcados los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, relativos respectivamente al presupuesto base de licitación y al valor estimado.

Así, el primero de ellos, dispone que el presupuesto base de licitación desglosará los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. Pues bien, al no contener el PCAP este desglose, sino por el contrario un porcentaje de costes directos e indirectos sobre el presupuesto base de licitación, consideramos que procede estimar la pretensión del recurrente, a fin de que el mismo se presente en los pliegos, de conformidad con los términos exigidos en la normativa ahora citada.

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. D. P., en representación de INTEGRA MANTENIMIENTO Y GESTIÓN DE SERVICIOS INTEGRADOS (MGSI), CEE, S.L. contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de correo interno para la Universidad de Cantabria*”, expediente 2019/ABRSER024, convocado por la Universidad de Cantabria.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en 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 multa prevista en el artículo 58 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 Cantabria, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 *k*) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa