



Recurso nº 960/2014 C.A Galicia 120/2014

Resolución nº 6/2015

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

En Madrid, a 9 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D^a M. D. R., en nombre y representación de la mercantil IDADES, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación del servicio de ayuda en el hogar del Concello de Barro, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 29 de mayo de 2014 el órgano de contratación del Ayuntamiento de Barro aprobó los pliegos y la apertura del procedimiento de licitación del contrato de servicio de ayuda en el hogar del Concello de Barro. Se publica el anuncio de la licitación en el perfil del contratante de la entidad y en el Boletín Oficial de la Provincia el 24 de octubre de 2014.

El valor estimado del contrato no consta ni en el anuncio de licitación ni en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. El presupuesto base de licitación es de 180.000 € para la anualidad prevista para el contrato. No obstante, se admiten prórrogas, que pueden ser trimestrales o llegar incluso a una prórroga de un año, por lo que finalmente el valor estimado sería de 360.000 €, IVA excluido.

El contrato es licitado por procedimiento abierto, con un único criterio de adjudicación.

Segundo. El día 4 de noviembre de 2.014 IDADES, S.L. interpone recurso de reposición contra el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que dispone la relación de personal asignado al servicio por la empresa adjudicataria. En el suplico del recurso se solicita la anulación de la meritada cláusula. Igualmente, se solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. La entidad contratante remite a este Tribunal el expediente de contratación acompañándolo del preceptivo informe de fecha 8 de noviembre de 2014. En el informe se manifiesta que teniendo en cuenta el tipo de contrato ante el que nos encontramos y su valor estimado no procede el recurso de reposición sino el recurso especial en materia de contratación, competencia de este Tribunal.

Cuarto. El 5 de diciembre de 2014 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Quinto. En fecha 26 de noviembre de 2014 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE del día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. El recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 360.000 €, por lo que ha sido interpuesto contra un acto recurrible conforme al artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP en su calidad de licitador, según se deduce del expediente de contratación remitido por la entidad recurrida.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. En su escrito la parte recurrente esgrime un único argumento. Afirma que la cuestión principal del recurso gira en torno a la errónea exclusión de la coordinadora del servicio del listado de personal que será objeto de subrogación obligatoria conforme a lo exigido en el convenio colectivo de aplicación al sector. Bajo su criterio esto constituiría una vulneración de la normativa de aplicación en lo que a la subrogación de trabajadores se refiere, y especialmente el artículo 120 de la Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Expone que IDADES es la actual adjudicataria del servicio y, por ello, ha podido constatar una irregularidad en el listado del Anexo IV del pliego, que establece la relación de personal al servicio de la Empresa adjudicataria que será objeto de subrogación. La recurrente había procedido a la remisión de la relación de personal que presta el servicio, pero ha constatado que en el listado de referencia no se ha incluido a la coordinadora. Esto supondría el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120 de la ley y en el artículo 15 del Convenio Colectivo del sector, que cita expresamente para sostener que la trabajadora omitida cumple escrupulosamente todas las condiciones exigidas en el mismo.

Por último, esta omisión supondría también la vulneración de la Orden de 22 de enero de 2009 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en Galicia, en cuyo artículo 12 se dispone la necesidad de disponer, al menos, de una coordinadora para la gestión de los servicios que regula, lo que ratificaría la necesaria inclusión de la citada trabajadora en el listado.

Sexto. El informe del órgano de contratación afirma que el recurrente no justifica la dedicación a jornada completa en el Ayuntamiento de Barro del puesto de trabajo de Trabajadora Social dedicada a labores de coordinación. No aporta prueba alguna que así lo acredite, ni contrato, ni documentación de la Seguridad Social en tal sentido.

Expone también que por el contrario consta en el expediente un informe de distribución de costes facilitado por la propia recurrente que establece como importe de los gastos de coordinación la cantidad anual de 3.786,54 € durante el año 2.013, lo que, en ningún caso, se correspondería con el importe de dicho puesto de trabajo según la tabla salarial del convenio de ayuda en el hogar que establece un salario base de 1.396,16 € que multiplicado por 12 meses ascendería a 16.753,92 €.

Teniendo en cuenta esta circunstancia invoca la entidad contratante el artículo 15 del convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio que establece que *"e) En el caso de los puestos de coordinador/a y ayudante de coordinación, para ser subrogados por la empresa entrante con tales categorías y/o condiciones que acrediten, habrá que demostrar fidedignamente la adscripción funcional al contrato o adjudicación objeto de subrogación"*.

Sostiene el órgano de contratación en su informe que en el cuadro de la relación de personal facilitado por la empresa al Ayuntamiento en ningún caso consta acreditación del tiempo de trabajo dedicado a la prestación del servicio de ayuda en el hogar en el Ayuntamiento de Barro por la trabajadora omitida.

Séptimo. Aunque todos los argumentos del recurrente se refieren a la misma cuestión, la omisión de una trabajadora en el listado de personal a subrogar por el nuevo adjudicatario, en realidad estamos en presencia de tres cuestiones diferentes: la posible vulneración del artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la vulneración del convenio colectivo aplicable al sector y la contravención de la Orden de 22 de enero de 2.009 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en Galicia. Todas estas cuestiones habrán de ser analizadas por separado a continuación.

Octavo. En términos generales, el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece una inequívoca obligación de información a los licitadores cuando señala 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. 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.”*

Esta obligación de información ha sido analizada, por ejemplo, en nuestra Resolución 542/2014 donde afirmamos que aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación. La Administración contratante debe facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores. Y para ello, la empresa que viniera prestando el servicio, está obligada a su vez a facilitar esa información al órgano de contratación con el fin de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos.

Ya hemos señalado también en otras Resoluciones (v.g. Resolución 608/2013, de 4 de diciembre) que, en supuestos en que existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación-, el órgano de contratación estaría obligado a hacer constar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte esa posible subrogación.

La finalidad de este deber de información es que los licitadores tengan acceso a las condiciones de los trabajadores que deberán prestar el servicio. Por tanto, para que se hubiese incumplido la obligación sería necesario que los licitadores careciesen de la información requerida. En este supuesto, como en el caso tratado en la Resolución 075/2013 la recurrente ya dispone de esa información, puesto que es justamente quien viene efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y quien tiene la condición de empleadora de los trabajadores afectados. Así, aunque se estimara el recurso en este punto nunca le podría reportar un beneficio cierto al licitador recurrente, pues ya dispone de la información cuya incorporación a los pliegos reclama, no siendo razonable, por tanto, que invoque una pretendida falta de información de la que él mismo dispone.

En consecuencia, este Tribunal considera que no se ha producido la vulneración de la obligación de información establecida en el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Esta conclusión debe entenderse sin perjuicio de lo que más adelante diremos acerca de la procedencia de la inclusión de la trabajadora omitida en el listado de personas que el adjudicatario debe subrogar en el contrato.

Noveno. En cuanto a la posible vulneración del convenio colectivo del sector debemos delimitar adecuadamente las exigencias legales en este punto porque la existencia de la obligación de información que contiene la normativa contractual pública no implica que materialmente la subrogación pase a regirse por tal normativa, sino que su ámbito propio es el de las relaciones laborales y el de las normas que las regulan.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe de 31/1999, de 30 de junio, exponía a este respecto que *"se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares"*. Tal criterio fue complementado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala *"la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las*

obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley."

En nuestra Resolución 181/2011 ya exponíamos 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, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate. Ello significa que, existiendo un convenio colectivo que la exija, el hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no la mencione, no es relevante jurídicamente, pues la obligatoriedad de la subrogación no procede del pliego sino del convenio colectivo."*

En la Resolución 075/2013, de 14 de febrero, con cita de otras de este Tribunal, recordábamos 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 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. Buena prueba de que esta circunstancia acaece en la práctica es la acertada cita que el recurrente hace de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Finalmente, este criterio es ratificado, como también decíamos en nuestra resolución 317/2012, porque la Administración contratante no es partícipe de las relaciones laborales del adjudicatario del contrato. Así lo ha expresado igualmente la Abogacía General del Estado en su informe de 29 junio de 2.005, citado en la resolución 271/2012

en el cual señala, refiriéndose al caso de que la cláusula de subrogación se incluya en los pliegos en ausencia de convenio colectivo, que *"por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en la medida en que desde un punto de vista subjetivo, la expresada cláusula rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que, como se ha indicado, se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato, en la medida en que dicha cláusula supone, de facto, el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato o el anterior contratista. (...) Desde un punto de vista objetivo, referido a la materia a la que dicha cláusula se refiere, la misma impone al contratista obligaciones de carácter laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio que constituye el objeto del contrato) que tienen un contenido netamente laboral 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 (sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya citadas de 9 y 10 de abril y 3 de mayo de 1999, entre otras muchas), siendo así que, como se ha indicado, el pliego de cláusulas administrativas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación jurídico-administrativa (contrato administrativo), escapando de su ámbito la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de muy diferente naturaleza y entre terceros, como son las relaciones de carácter laboral que median entre el empresario (adjudicatario) y los trabajadores a su servicio."*

Por tanto, la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector y debe regirse por las estrictas normas que la disciplinan, no siendo competencia de este Tribunal resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas laborales.

En conclusión, si observamos en profundidad el argumento del recurrente en lo relativo al cumplimiento de los requisitos necesarios para proceder a la subrogación de la trabajadora que no ha sido incluida en la lista de trabajadores que se han de subrogar, requisitos que derivan de un convenio colectivo, podemos afirmar que estamos ante una cuestión de naturaleza laboral. Se trata de una controversia que deriva de la aplicación de la normativa laboral, que a estos efectos es preexistente y ajena al contrato en cuestión. Es evidente que la correcta interpretación de la norma laboral es una labor que no puede corresponder a este Tribunal, sino que la resolución de la discrepancia sobre la correcta aplicación del convenio colectivo ha de ser competencia de los tribunales de la jurisdicción social.

Décimo. Por lo que se refiere a la tercera cuestión planteada, esto es, al cumplimiento de la Orden de 22 de enero de 2.009 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en Galicia, lo cierto es que a este respecto no nos encontramos estrictamente ante el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de informar a los licitadores que ya hemos analizado previamente, sino ante el análisis del cumplimiento por parte de los pliegos de la normativa sustantiva reguladora de las condiciones mínimas necesarias para poder prestar el servicio. Por esta razón, aunque el recurrente identifica ambas cuestiones lo cierto es que el eventual incumplimiento de esta norma por el pliego sería causa de anulación del mismo por causa de ese mismo incumplimiento, pero no por la vulneración del artículo 120 de la ley.

La norma autonómica en cuestión establece lo siguiente:

“Artículo 12º. Requisitos específicos.

1. El servicio estará coordinado por personal técnico con una calificación mínima de diplomatura universitaria en el área de servicios sociales. En el caso de que el número de personas usuarias sea menor de 50, el personal técnico mínimo exigible será de 0,02 profesionales en cómputo de jornada completa por persona usuaria. En los demás casos se aplicará la siguiente tabla:

Número de personas usuarias	Personal técnico mínimo
50 a 99	1 técnico/a titulado/a a jornada completa
100 a 199	2 técnicos/as titulados/as a jornada completa
200-399	3 técnicos/as titulados/as a jornada completa
Incrementos sucesivos	Por cada grupo de 200 personas usuarias corresponderá un incremento de 1 técnico/a titulado/a a jornada completa

2. El personal que presta atención directa en los domicilios de las personas usuarias estará formado por auxiliares de ayuda en el hogar, que, en el caso de atender a personas afectadas por déficit de autonomía, deberá estar en posesión del título de formación profesional de grado medio de atención sociosanitaria o equivalente, regulado en el Real decreto 496/2003, de 2 de mayo, o en posesión del certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas en el domicilio o equivalente, regulado en el Real decreto 1379/2008, de 1 de agosto, por el que se establecen los certificados de profesionalidad de la familia profesional de servicios socioculturales y a la comunidad.

(...) 5. La persona que ejerza como responsable técnica del servicio garantizará una supervisión del servicio efectivamente prestado, que será realizada siempre que las circunstancias la hagan necesaria y, como mínimo, con una periodicidad de dos meses. De la supervisión realizada quedará constancia en el correspondiente expediente individual. Mediante esta supervisión se revisará y se ajustará, si fuese el caso, el contenido de las prestaciones expresado en el proyecto de intervención y en el acuerdo de servicio.”

De este precepto se pueden deducir dos cosas:

- Que como indica el recurrente el servicio debe prestarse bajo la coordinación de un diplomado universitario.

- Que, sin embargo, el precepto no exige que la coordinación se realice bajo el instrumento de un contrato que ligue específicamente al receptor del mismo con el coordinador.

En efecto, la finalidad del precepto parece clara en el sentido de considerar la existencia del coordinador como una obligación de la empresa prestadora del servicio, obligación que tiene por objeto, a su vez, garantizar la calidad y correcta ejecución del mismo. Por lo tanto, es perfectamente posible que se pueda cumplir con esa obligación de la empresa prestadora del servicio sin que ello suponga la necesidad de celebrar un contrato de trabajo específico con una persona concreta para ese singular contrato. En definitiva, es posible que la prestación esté definida de modo que este servicio sea prestado por la empresa con sus propios medios personales y sin necesidad de adscribir a una persona exclusivamente a su realización, o que incluso un trabajador de la empresa contratista desarrolle estas labores en varios contratos diferentes de varias administraciones distintas. Esta circunstancia se deriva directamente del texto de la Orden, cuyo apartado quinto es significativo a este respecto y parece venir también apoyado, aunque sin mayor prueba, por la afirmación del órgano de contratación acerca de las retribuciones de la coordinadora.

Por otro lado, no se puede olvidar que será la Administración contratante la que defina las condiciones bajo las que ha de ejecutarse el contrato, gozando a este respecto de un amplio margen de discrecionalidad. En este sentido el contrato puede limitarse a definir las condiciones de las personas que prestarán el servicio, dejando que la empresa organice internamente la necesaria función de coordinación, o exigiéndola de manera expresa en el propio pliego. Incluso sería posible que se exigiese la adscripción de un coordinador a tiempo completo. Es decir, que existen diversas opciones por parte de la entidad contratante y sólo en el último de los casos citados se puede decir que habría subrogación obligatoria del coordinador en el siguiente contrato que se licitase.

Por ello, para poder considerar que en el contrato que ahora se está licitando se ha omitido a una de las trabajadoras hubiera sido necesario acreditar que dicha trabajadora era exigida en el anterior pliego de manera expresa, en los términos que acabamos de

exponer, y acreditar que su retribución no derivaba de una obligación asumida por la empresa en términos generales en el marco del contrato y en el estricto cumplimiento de la obligación normativamente impuesta, aunque evidentemente retribuida.

Sin embargo, observando el recurso, la documentación aportada por la recurrente y el propio expediente de contratación no hay prueba alguna de esta circunstancia, por lo que este Tribunal no puede saber en qué caso nos encontramos. Y es de notar que esta acreditación hubiera sido muy simple por parte de la licitadora pues, como ella misma afirma, es la actual adjudicataria del contrato.

Todo ello debe llevarnos a declarar que en relación con la coordinadora del servicio no existe prueba de la obligación de subrogación en el presente contrato y, por ende, el presente recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a M. D. R., en nombre y representación de la mercantil IDADES, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación del servicio de ayuda en el hogar del Concello de Barro.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 106.5 de la LCSE.

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 Galicia, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.