

Informe 15/12, de 20 de noviembre de 2012. "Efectos derivados de la situación económica de un Ayuntamiento respecto de la procedencia en su caso, de la modificación del contrato o si procediera otras soluciones alternativas."

Clasificación de los informes. 18. Otras cuestiones de carácter general

ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Villanueva de la Torre (Guadalajara) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando la siguiente consulta:

Objeto: Modificación del objeto del contrato y subrogación de personal en los supuestos de internalización del servicio de limpieza de edificios municipales que actualmente son objeto de contratación administrativa.

Antecedentes: El Ayuntamiento de Villanueva de la Torre con fecha 29 de agosto de 2011, formaliza contrato administrativo para la prestación del servicio de limpieza del Colegio Público Gloria Fuertes y del Consultorio Médico Local, con fecha de efecto de 1 de septiembre de 2011, y un periodo de duración de un año susceptible de prórroga por otro año más. A la hora de determinar el precio del contrato, -y puesto que las empresas licitadoras, según el Pliego y en virtud del artículo 15 del Convenio de Limpieza de edificios y locales de Guadalajara y su provincia, aprobado para los años 2010 a 2012 en virtud de Resolución de 7 de Julio de 2010 de la Consejería de Trabajo y Empleo y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, tienen la obligación de subrogarse en la contratación de los trabajadores que venían prestando el servicio- se contemplaron los costes salariales de dichos trabajadores, con el fin de que dicha licitación no quedase desierta, afectando a servicios básicos, como los Colegios Públicos y Centros de Salud. Para la determinación del precio, se tuvieron en cuenta los costes salariales de la empresa que venía prestando el servicio desde el año 2004.

Como consecuencia de ello, el referido contrato resulta muy gravoso para las arcas municipales y este Ayuntamiento, realizado un estudio de las necesidades reales de personal para la prestación de este servicio, detecta que existe un exceso de personal para cubrirlo. Por tanto, -al amparo del Real Decreto 4/2012 de 24 de febrero, por el que se determinan las obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales que establece la necesidad de elaborar un plan de ajuste para controlar el déficit de estas entidades-, este Ayuntamiento está buscando vías legales de solución para la prestación del referido servicio de Limpieza, que permita reducir su coste, si bien se encuentran diferentes limitaciones legales a este respecto:

1.- Modificación del contrato administrativo vigente. En estos casos, la Ley de Contratos del Sector Público, aplicable al mismo, restringe las posibilidades de modificación en su artículo 92 bis los contratos del sector público, "solo podrán modificarse cuando se haya previsto en los pliegos o anuncio de licitación, o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 cuater" que establece unos supuestos tasados y siempre que se justifique suficientemente la necesidad. El Pliego de Cláusulas administrativas que rige la presente contratación contempla en su cláusula duodécima, como prerrogativa del Ayuntamiento la modificación por razones de interés público, si bien en su cláusula vigésimo tercera que regula la modificación del contrato, establece: "La Administración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis y ss, y en el artículo 202 de la LCSP, podrá modificar el contrato por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Las modificaciones no afectarán a las condiciones esenciales del contrato. Dichas modificaciones podrán tener lugar siempre a tenor de lo dispuesto en la LCSP, cuando se produzcan variaciones en los edificios objeto del presente contrato, o cuando por necesidades especiales y de carácter extraordinario, se produzca una alteración de las necesidades de limpieza o en la periodicidad pactadas en este contrato. En este caso, se podrá proceder a la modificación del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 LCSP y disposiciones concordantes.

El contratista estará obligado a aceptar variaciones de detalle que no alteren sustancialmente las estipulaciones de los documentos que rigen la presente contratación, ni sus precios. Las modificaciones del contrato se formalizarán de conformidad con lo establecido en el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. "

La modificación del contrato, al amparo del Real Decreto 4/2012 de 24 de febrero, pretende abaratar los costes, reorganizando este servicio, sin afectar al precio, destinando a estos trabajadores a la prestación no sólo del servicio de

limpieza del Colegio Público y del Centro de Salud, sino también, a labores de mantenimiento y control de estos y otros edificios municipales que en este momento no disponen de personal.

2.- Nueva licitación del contrato de servicios a la finalización del contrato vigente. En caso de no ser posible la modificación, si una vez finalizado el contrato, este se volviese a licitar, y puesto que generaría la misma obligación de contratación de todo el personal, este coste habría de incluirse a la determinación del precio, y lo que, se seguiría sin poner solución a la gravosa carga que supone este servicio a los presupuestos municipales, puesto que sólo los costes salariales anuales de la empresa licitadora ascienden a 79.410 €, siendo el precio anual de adjudicación de 92.290 € IVA Excluido.

Ante esta situación, en caso de ser necesaria la nueva licitación, este Ayuntamiento analiza dos alternativas:

- Amortización de alguno de los puestos de trabajo de los trabajadores que vienen prestando el servicio, derivado del exceso de personal que se detecta para la prestación del servicio. En este caso el planteamiento es analizar quien es competente, y el procedimiento a seguir para la amortización de dichos puestos de trabajo, determinando a quien le corresponderían las indemnizaciones de los trabajadores, puesto que el Art.44.3 de RDLeg 1/1994, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores "el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas".*

- Ampliación del objeto en la nueva licitación, incluyendo en su objeto, no sólo los servicios de limpieza del Colegio Público y Consultorio Médico Local, sino también como se apuntaba anteriormente, otros servicios necesarios por carecer actualmente de personal, como son los de mantenimiento y control de estos y otros edificios municipales de Villanueva de la Torre. En este sentido, existe una Resolución de 27 de octubre de 2010 (BOE 18/01/2011), de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal labora de la administración en virtud de sentencias que en el apartado primero de sus propuestas establece:*

"Que se evite... el recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanente de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate (. .)."

3.- Subrogación por el Ayuntamiento en el personal que actualmente viene prestando el servicio de limpieza a través de la empresa adjudicataria. En base a lo dispuesto en:

- El artículo 15 del Convenio de Limpieza de edificios y locales de Guadalajara y su provincia, aprobado para los años 2010 a 2012 en virtud de Resolución de 7 de Julio de 2010 de la Consejería de Trabajo y Empleo que establece que "Al término de la consecución de una contrata de limpieza, los trabajadores de la empresa contratista saliente, pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones (...) de trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo ...".*

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que establece: 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 el presente 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.

- Los artículos 1.1.1.c y 4.1.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que es de aplicación a empresas tanto públicas como privadas y que establece que la transmisión de una empresa, centro de actividad, o de una parte de estos, no constituirá en sí misma motivo de despido para el cedente o para el cesionario.*

Este Ayuntamiento como alternativa legal y menos gravosa, al amparo de lo dispuesto el RD 4/2012, no descarta, una vez finalizado el periodo de ejecución del contrato administrativo, asumir la obligación de subrogarse en la contratación de este personal, que prestaría servicios no sólo de limpieza, sino también de mantenimiento y control de estos y otros edificios municipales que, en la actualidad, carecen de personal en plantilla.

En este sentido es preciso apuntar, que este Ayuntamiento, -siguiendo las instrucciones de la referida Resolución de 27 de octubre de 2010 (SOE 18/01/2011), de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal labora de la administración en virtud de sentencias judiciales-, incluye en el pliego lo dispuesto en el artículo 277.4 de la LCSP en relación con la no consolidación por el Ayuntamiento de las personas que hayan realizado el servicio.

Todo lo anteriormente expuesto, entendemos que se produce una discordancia entre la legislación administrativa y laboral, y a su vez dentro de la legislación laboral, entre los referidos artículos 15 del Convenio Colectivo y 44 del ET, con los principios con los principios de merito y capacidad contenido en el artículo 103.3 de la CE para el acceso a la función pública y el artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado público que establece entre los principios rectores del derecho de acceso al empleo público los constitucionales de igualdad, merito y capacidad.

Existen apoyos legales y jurisprudenciales en ambos sentidos:

- *A favor de la subrogación:*

- *Existe reiterada Jurisprudencia (19 junio 20002, 17 de septiembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 27 de diciembre 2002, 28 de octubre de 2003), han tendido a asimilar estos supuestos, si se declara una cesión ilegal de trabajadores, a los supuestos de irregularidad en la contratación temporal del artículo 15 del ET, en cuyo caso daría lugar a la consideración del contrato no como fijo, pero sí como indefinido.*

- *La Disposición Adicional decimoquinta del Estatuto de los trabajadores-s en la redacción dada por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establecía que la cobertura de puestos de trabajo, de carácter indefinido como consecuencia de irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias (supuestos a los que se asimilan estos casos de subrogación en la contratación de personal al servicio de las empresas adjudicatarias de contratos administrativos de servicios, según se reconoce en el fundamento de la referida Moción del Tribunal de Cuentas) no sea considerado en ningún caso adscripción definitiva al puesto de trabajo, si no que desemboque en su amortización, o en la provisión, con arreglo a los principios de merito, capacidad y publicidad en función de las necesidades de la administración.*

- *Por otro lado, y en contra de la subrogación, existe una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 20 de enero de 2011 (J2011/639) que mantiene, en un supuesto similar de internalización del servicio por un Ayuntamiento, la no necesidad de subrogación del Ayuntamiento en la contratación del personal que venía prestado el servicio a través de la empresa adjudicataria: "que el arto 1.1 de la Directiva no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal pues, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, fa mera asunción por el ayuntamiento de la actividad de limpieza, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva mencionada".*

Consulta: Por todo lo anteriormente expuesto, el Ayuntamiento de Villanueva de la Torre con el fin de buscar alternativas legales para dar solución a dicho problema de que se genera y al amparo de lo dispuesto en el referido Decreto realiza las consultas en cuanto a los procedimientos legales a seguir:

1º. Teniendo en cuenta lo contenido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la presente contratación, ¿sería posible una modificación de contrato, sin alterar su precio, pero ampliando el objeto de contratación a amparo del Real Decreto 4/2012, a fin de dar cobertura además de a los servicios de limpieza del Colegio Público y Consultorio Médico Local, a los servicios de mantenimiento y control de los mismos y en su caso

otras instalaciones municipales? Teniendo en cuenta que actualmente este Ayuntamiento no dispone de medios para ello.

2°. En otro caso, si se optase por realizar una nueva licitación, ¿cuál sería el procedimiento legal para que la obligación de subrogación no sea determinante a la hora de determinar el importe del contrato? Esto es, en caso de amortizar puestos de trabajo, ¿cuál es el procedimiento y momento y quien debe realizar la reorganización del personal destinado a la prestación de este servicio y quien se debería hacer cargo de las indemnizaciones?

3°. O bien, en el caso de una nueva licitación, y teniendo en cuenta las propuesta primera del Tribunal de Cuentas en su moción ¿sería posible, como adelantábamos en el apartado primero de esta consulta, ampliar el objeto del contrato con este personal aplicándolo no sólo a los servicios de limpieza de estos edificios, sino también a la limpieza mantenimiento y control de estos y otros edificios municipales sítos en la localidad de Villa nueva de la Torre? Y en este caso, ¿sería de aplicación el artículo 15 del Convenio Colectivo de limpieza de Edificios y Locales de Guadalajara y su provincia a la nueva empresa adjudicataria?

4°. Por último, en caso de que el Ayuntamiento opte por internalizar el servicio ¿Puede o debe subrogarse en la contratación del personal que actualmente se encuentra prestando servicios? Si es así, ¿debe existir una sentencia previa que lo establezca?, o puede el Ayuntamiento subrogarse voluntariamente sin vulnerar los referidos principios constitucionales. Cabría una subrogación parcial o bien la posibilidad de destinar una parte de esta plantilla a otros servicios básicos municipales a fin de optimizar recursos.

En todos los casos, considerando siempre, que por tratarse de servicios básicos de limpieza de edificios municipales como son los Colegios y los Centros de Salud, este servicio ha de tener una continuidad, sin que sea posible prescindir de los mismos, incluso mientras se dirimen acciones judiciales.

Por todo lo anteriormente expuesto y para una mejor gestión de los recursos municipales, rogamos nos emitan informe de las cuestiones planteadas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Villanueva de la Torre plantea diversas cuestiones en relación con el contrato administrativo vigente para la prestación del servicio de limpieza de algunos edificios municipales (Colegio Público y Centro de Salud) de dicha localidad, formalizado el 29 de agosto de 2011. Las cuestiones suscitadas se originan como consecuencia de la necesidad de reducir el coste de los servicios municipales de acuerdo con el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

En este caso, habiendo constatado que existe un exceso de personal para cubrir el servicio de limpieza cubierto por el contrato, se plantea la forma de abaratar su coste, teniendo en cuenta que dicho personal proviene de los contratos vigentes con anterioridad, ya que de acuerdo con el pliego y el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de Guadalajara y su provincia, se estableció la obligación para el nuevo adjudicatario de subrogarse en la contratación del personal que venía prestando el servicio.

A este respecto, deben diferenciarse dos tipos de problemas que deben ser objeto de atención por separado: por un lado, los que plantean la posible modificación del contrato mediante su ampliación para cubrir el servicio de mantenimiento y control de otras instalaciones del Ayuntamiento no previstas en el contrato inicial; por otro, en el caso de nueva licitación o asunción del servicio por la propia Administración local, los que derivan de las limitaciones impuestas por la obligación de subrogación impuesta por el Convenio Colectivo de limpieza de Edificios y Locales de Guadalajara y la legislación laboral. Dichas cuestiones deben ser abordadas por separado.

2. En primer lugar, se plantea como posible solución al exceso de personal la modificación del contrato de forma que, sin afectar al precio, se reorganice el servicio, y se amplíe el ámbito a labores

de mantenimiento y control de estos y otros edificios municipales que en este momento no disponen de personal.

Sin perjuicio de las limitaciones que por razón de la aplicación de la normativa laboral resulten de aplicación, cuyo análisis excede las competencias de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la posibilidad de modificación del contrato está sometida a numerosas limitaciones desde el punto de vista de la legislación de contratos del sector público, tal y como pone de manifiesto el escrito de consulta y ha quedado reflejado en los pliegos.

A este respecto, el artículo 92 bis, apartado 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada al mismo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de aplicación al contrato objeto de la consulta, y actualmente recogido en el artículo 105.2 del Texto Refundido de la Ley recontractos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, señala que:

“2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).”

La ampliación del objeto del contrato a servicios no previstos en el contrato formalizado inicialmente que pudieran ser objeto de licitación independiente (ampliación del servicio de limpieza a otros edificios municipales), no resulta admisible, salvo en excepcionales circunstancias previstas en el entonces artículo 158.b) de la LCSP (actual 174.b) del TRLCSP), cuya concurrencia no se produce en este caso.

3. Como alternativa a la modificación del contrato, se plantean las opciones de proceder a una nueva licitación a la finalización del contrato vigente introduciendo los cambios que procedan en el régimen del personal, o incluso la asunción directa por el propio Ayuntamiento del servicio viene prestando el contratista.

Estas son, en principio, opciones posibles de acuerdo con la legislación en materia de contratos públicos, y sobre ello no parece tener dudas el Ayuntamiento. Las cuestiones que plantea, sin embargo, van referidas, en su mayor parte, a los aspectos que tienen que ver con las limitaciones que impone la legislación laboral y el Convenio de Limpieza de edificios y locales aplicable, a las facultades de reorganización del personal que resulta afectado por estas alternativas, a saber: cuando y cómo llevar a cabo la reorganización del personal, entidad que correría a cargo de las indemnizaciones, y las obligaciones de subrogación del propio Ayuntamiento en el caso de asumir directamente la prestación del servicio.

En este sentido cabe señalar que, por ser cuestiones de índole laboral, de interpretación y aplicación de la normativa en esta materia, no corresponde a esta Junta Consultiva pronunciarse sobre las mismas ya que exceden de su ámbito de competencias, que es el relacionado con la contratación administrativa.

No obstante lo anterior, y con independencia del procedimiento que se adopte para reorganizar el personal al servicio de las actividades de limpieza de los edificios señalados, en el nuevo expediente de contratación con el objeto que se estime conveniente, deberá precisarse con claridad el alcance de las prestaciones a realizar y, en particular, deberá contener lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, que establece el deber de transparencia respecto al alcance de las obligaciones laborales a asumir por el adjudicatario a fin de que pueda conocer exactamente el coste de la prestación:

“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.”

CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto esta Junta Consultiva concluye lo siguiente:

1. No resulta posible la modificación de un contrato de servicios de limpieza ampliándolo a otros edificios no previstos en el contrato inicial, por exceder de los límites que a las facultades de modificación de los contratos vienen impuestas por la legislación de contratos del sector público.
2. Como alternativa a la modificación del contrato, caben las opciones de proceder a una nueva licitación a la finalización del contrato vigente introduciendo los cambios que procedan en el régimen del personal, o incluso la asunción directa por el propio Ayuntamiento del servicio viene prestando el contratista
3. No resulta competente esta Junta Consultiva para pronunciarse sobre las cuestiones de índole laboral relacionadas con el alcance de las obligaciones de subrogación del personal que viene prestando este servicio, para los supuestos de convocar una nueva licitación o asunción por el Ayuntamiento de la prestación del servicio. En todo caso, en el nuevo procedimiento de contratación deberá ponerse a disposición de los licitadores la información sobre la situación laboral existente de acuerdo con el artículo 120 del TRLCSP.