



Recurso nº 247/2013 C.A Cantabria 023/2013

Resolución nº 230/2013

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

En Madrid, a 20 de junio de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. I.L.O. frente al pliego de prescripciones técnicas que habrá de regir en la prestación del servicio de atención domiciliaria convocado por el Ayuntamiento de Astillero (Cantabria) en el expediente de contratación por procedimiento abierto con valor estimado de 1.239.950,40 €; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Astillero en la sesión celebrada el 31 de enero de 2013 se procedió a la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la contratación de la prestación del servicio de atención domiciliaria, mediante procedimiento abierto y criterio múltiple, por un importe estimado para cuatro años que ascendía a 1.289.548,42 € (IVA incluido).

Segundo. La referida convocatoria de licitación fue enviada a anuncio al Boletín Oficial de Cantabria junto con los referidos pliegos. El anuncio de licitación fue publicado en el BOC nº 37 de 22 de febrero de 2013, con una fecha límite de presentación de ofertas de 26 días naturales contados a partir del día siguiente al de esta publicación oficial, hasta las 13:30 horas.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los contratos de servicios contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.



Cuarto. Con fecha de 13 de marzo de 2013 fue presentado el anuncio del presente recurso en el registro oficial del Ayuntamiento de Astillero contra el contenido del pliego de prescripciones técnicas. El recurso es formalizado por una trabajadora de la empresa CLECE, S.A., que actualmente se encuentra prestando el servicio de ayuda a domicilio.

Quinto. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, para que en un plazo de cinco días hábiles, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La empresa CLECE, S.A. presenta sus alegaciones con fecha de 10 de junio de 2013 y viene a instar expresamente la desestimación del recurso interpuesto por la trabajadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La recurrente en su condición de trabajadora de la empresa CLECE, S.A. que actualmente presta el servicio, ostenta al menos un interés legítimo difuso, pues dada la subrogación de los trabajadores en las condiciones impuestas en los pliegos pueden producir efectos en sus derechos e intereses por lo que, debe entenderse que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP. Se recurren varias cláusulas del pliego de prescripciones técnicas al amparo del artículo 42 del TRLCSP que dispone que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”.

En efecto, como este Tribunal ha expuesto, entre otras, en su Resolución nº 122/2012, para precisar el alcance del “**interés legítimo**” en caso de terceros no licitadores -como es el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina



jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

En este sentido, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en numerosas resoluciones. Valga citar la Resolución nº 290/2011, donde se expone en el fundamento de derecho cuarto que: *"Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética..."*. Por todo ello, hemos de afirmar que la recurrente goza de legitimación para entablar esta impugnación.

Tercero. Tratándose de un contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP de cuantía superior a 200.000 €, resulta susceptible de recurso especial de conformidad con el artículo 40.1,b), y se trata de una de las actuaciones recurribles relacionadas en el artículo 40.2, b) ambos del TRLCSP. Se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La trabajadora recurrente basa su recurso en los siguientes motivos:

1. Manifiesta su legitimación con base en su condición de trabajadora de la empresa CLECE, S.A., con la categoría de coordinadora, actualmente adscrita a la contrata que la mercantil en la actualidad mantiene con el órgano de contratación. Con base en dicha legitimación considera que existen determinadas cláusulas del PPT contrarias a la legislación vigente en materia laboral. Impugna la cláusula tercera del PPT "Derechos y obligaciones recíprocas del adjudicatario y de la Corporación" y en concreto, considera contrarias a Derecho de la **cláusula tercera el apartado B) sobre las obligaciones del contratista en sus apartados 4 y 6, en relación con la cláusula quinta del mismo PPT.**



A tal respecto afirma que los puntos 4 y 6 del apartado B) de la Cláusula Tercera del PPT al establecer que el adjudicatario del servicio, *“designará, a jornada completa, un solo coordinador”* y que éste *“estará localizable de forma inexcusable, coincidiendo con el horario del servicio”* es de todo punto incompatible con lo establecido en la Cláusula Quinta del PPT cuando establece que, *“el horario de la prestación del servicio será de lunes a viernes entre las 8:00 y las 21:00 horas, y el sábado de 8:00 a 14:00 horas”*. De esta forma, la recurrente considera que si un solo coordinador tiene que estar localizable de manera inexcusable durante el horario de prestación del servicio y éste es de 13 horas diarias de lunes a viernes y 6 horas los sábados suman un total de 71 horas semanales. Por ello, estima que no es suficiente con un solo coordinador a jornada completa pues el horario impuesto entra en colisión con la duración máxima de las 40 horas semanales del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET) amén de superar las 80 horas extraordinarias anuales máximas que establece el artículo 35 del referido ET.

Con este hilo argumental, la trabajadora de CLECE, S.A. ahora recurrente deduce que la empresa adjudicataria, para poder cumplir con lo prevenido en los puntos 4 y 6 del apartado B) de la Cláusula Tercera del PPT y del apartado A) de la Cláusula Quinta del PPT, ha de imponer al coordinador una jornada de trabajo prohibida por la ley, por lo que viene a instar su nulidad y a pedir que el órgano de contratación abra la posibilidad de que dichas tareas de coordinación sean prestadas por más de un trabajador.

2. Por otro lado también impugna la **Cláusula segunda del PPT** relativa a las obligaciones sociales y laborales del contratista y subrogación del personal y estima que la remisión que se hace a la subrogación convencional impuesta por el artículo 19 del convenio colectivo del sector de las empresas de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria no existe o perdió su vigencia, debiendo ser modificada dicha cláusula por la referencia al VI Convenio Marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal”, publicado en el BOE Nº 119 de 18 de mayo de 2012 cuyo artículo 70 regula la adscripción y subrogación de los trabajadores al término de las contrataciones administrativas.



En virtud de tales alegaciones suplica a este Tribunal que declare la nulidad de los números 4 y 6 del Apartado B) de la Cláusula Tercera del PPT así como anular la remisión que la Cláusula Segunda hace al artículo 19 del Convenio autonómico pues ha sido desplazado por el Convenio Marco estatal.

Quinto. El órgano de contratación en el informe emitido el 21 de marzo de 2013 expone que:

1. En cuanto a la opción por uno o más coordinadores el órgano de contratación invoca el **principio de autoorganización del servicio** pues a su juicio constituye una potestad discrecional de la Administración en virtud de lo dispuesto en los artículos 4 y 85 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local. Al amparo de dicha potestad expone que la elección de un solo coordinador no entra en colisión con el régimen laboral expuesto por la recurrente. A su juicio, no se obliga a una jornada superior a la legalmente exigible para el puesto de coordinador, pues no implica que deba estar presencialmente en el servicio, sino todo lo contrario, pues el propio PPT dice que **el coordinador tendrá una jornada laboral completa**, *“es decir la jornada normal y ordinaria. Ahora bien, deberá estar localizable lo que significa estar simplemente con un teléfono móvil o un mecanismo similar para recibir urgencias que pueden serlo también a través de un buzón de voz y poder transmitir estas instrucciones al resto de los miembros de la empresa, a su dirección o en su caso, a los trabajadores ya que ésta es la función principal de un coordinador, establecer los medios y canales de comunicación entre las necesidades del servicio y aquellos que lo prestan”*. Reitera en su informe el órgano de contratación que en ningún momento el PPT se dice que el coordinador deba tener una jornada superior a la normal, y obviamente el estar localizables para los servicios de emergencia no significa necesariamente presencia en el lugar de trabajo, además expresa que el estar localizable tiene su debida compensación económica, *“(...) sólo a posteriori podrán comprobarse si por el nivel de incidencias o por otras circunstancias se hace necesario acudir al régimen de horas extraordinarias, o bien a reducir su jornada ordinaria presencial en favor de este régimen de disponibilidad”*.



2. A renglón seguido el órgano de contratación realiza una serie de consideraciones sobre el régimen de subrogación de los trabajadores en los contratos administrativos de servicios citando varios Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo. En cuanto a las referencias que la cláusula segunda del PPT hace al convenio autonómico del sector, el órgano de contratación estima la alegación de la recurrente y entiende que queda desplazado por el nuevo Convenio Marco estatal publicado en el BOE de 18 de mayo de 2012.

Respecto a las alegaciones presentadas por la empresa CLECE, S.A., actualmente prestadora del servicio, destacan dos argumentos: el primero, que disponibilidad no implica presencia efectiva en el centro de trabajo y que en todo caso, se respeta la jornada máxima de trabajo, y la segunda, sobre la subrogación de los trabajadores como una cuestión meramente informativa en los pliegos, y por ende, ajena al contenido de la relación jurídico administrativa. Por todo ello, CLECE, S.A. solicita que se proceda a la desestimación del recurso especial confirmando la legalidad de las cláusulas del PPT recurridas por la Sra. Lomas.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, y entrando sobre el fondo del asunto, hemos de analizar en primer lugar, la legalidad de la **cláusula segunda “Obligaciones sociales y laborales del contratista y de subrogación del personal”**. Salvado el elemento de discusión admitido por el órgano de contratación dado que la remisión al artículo 19 del convenio colectivo del sector de las empresas de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ha de entenderse hecha al vigente Convenio Marco estatal, lo cierto es que la mencionada cláusula dispone que, *“La empresa adjudicataria, al término de la concesión anterior, se subrogará en los contratos del personal de la empresa que actualmente realiza el servicio (...)”*.

Enunciados los fundamentos de la impugnación del pliego de prescripciones técnicas, este Tribunal entiende que ningún reproche de ilegalidad puede plantearse a los pliegos de este contrato desde la perspectiva del cumplimiento de las previsiones del TRLCSP. En efecto, el artículo 120 TRLCSP relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo dispone 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”.

Los términos en que debe comprenderse esta obligación han sido analizados por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y por resoluciones de este Tribunal. Así, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su informe de 31/1999, de 30 de junio, se expone que *“en definitiva 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,”* matizado 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 solo 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.(...)”* .

Por otra parte, este Tribunal ha expresado en su Resolución nº 181/2011, citada en la reciente Resolución nº 292/2012, 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. Sin embargo, en aquellos casos en que no existe tal obligación previa de subrogación por no haber disposición legal ni convenio colectivo que la exija, la falta de mención en los pliegos equivaldrá a la no exigencia de la misma".

Pues bien, en el presente caso la Administración ha cumplido la obligación establecida en el artículo 120 del TRLCSP al recordar la obligación de subrogación en la cláusula segunda del PPT y al especificar cuáles son las obligaciones laborales asumidas por la empresa actualmente adjudicataria del contrato en el pliego de prescripciones técnicas. El órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 120 TRLCSP, solo tiene la obligación de 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, correspondiendo a los licitadores por consiguiente valorar si concurren o no a la licitación, como ha manifestado este Tribunal en un caso similar en su Resolución nº 66/2012.

Séptimo. Por último, hemos de examinar si procede la anulación de los números 4 y 6 del Apartado B) de la Cláusula Tercera del PPT por considerar que un solo coordinador para cubrir el servicio vulnera la normativa laboral sobre la jornada de trabajo y el número máximo de horas extraordinarias al amparo de los artículos 34 y 35 del ET.

En primer lugar, el argumento empleado por la recurrente puede conducir a una equivocación entre lo que es la prestación del servicio contratado a la empresa que resulte la adjudicataria con la jornada efectiva de trabajo, que a ella eventualmente le compete, de resultar adjudicataria CLECE, S.A. en su condición de coordinadora. Es pacífica la doctrina de la jurisdicción laboral y reiterada, en el sentido de afirmar que el hecho de que el trabajador está disponible no equivale a jornada de trabajo *strictu sensu* (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de febrero de 2012).

La mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias, porque es inherente a su



contenido funcional del puesto de trabajo como coordinadora, compensado económicamente como bien afirma la empresa CLECE, S.A. en su escrito de alegaciones.

Dado que el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, en su condición de norma mínima se remite a lo pactado con eficacia jurídica normativa en los respectivos Convenios Colectivos (artículo 37 de la Constitución Española) hemos de estar a lo dispuesto en el **artículo 37 del VI Convenio Colectivo Marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal** (BOE 18 de mayo de 2012). Así el referido precepto establece para el sector unas normas comunes, esto es, el establecimiento de una jornada máxima anual de 1.792 horas de trabajo efectivo, en turno partido o continuo, a excepción del servicio de ayuda a domicilio, cuya jornada máxima será de 1755 horas. La jornada podrá ser distribuida por la empresa de forma irregular en un porcentaje del 10%.

Para la trabajadora coordinadora del servicio se fija su jornada en la cláusula tercera, B) punto 6 como “jornada laboral completa de lunes a viernes y estará localizable de forma inexcusable, coincidiendo con el horario de servicio”. La interpretación que ahora pretende la recurrente de esta cláusula de extender su jornada completa de trabajo a todo el horario de servicio, como si fuera trabajo efectivo resulta contraria al tenor y al espíritu tanto del Convenio como de una recta interpretación de la referida cláusula del PPT, dado que no se podrán realizar más de nueve horas de trabajo efectivo en jornada completa (artículo 37 del VI Convenio Colectivo marco estatal).

Es más, por si fuera poco, la referida norma pactada compensa con un complemento llamado “plus de disponibilidad” (artículo 45) y recalca que el tiempo de disponibilidad no se computará a efectos de jornada ordinaria.

La mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias, porque es inherente a la



disponibilidad la asunción de las limitaciones de ubicación que permiten al trabajador incorporarse en el tiempo requerido.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala 4ª del Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de noviembre de 1994 citada por otra más reciente de 27 de enero de 2009 cuando dice que, *"la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan **sólo está localizable** y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente **fuera de la jornada laboral** y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias"*, porque es inherente a la disponibilidad la asunción de las limitaciones de ubicación que permiten al trabajador incorporarse en el tiempo requerido.

Por todo ello, las cláusulas del PPT impugnadas por la recurrente, - **cláusula tercera el apartado B) sobre las obligaciones del contratista en sus apartados 4 y 6, en relación con la cláusula quinta del mismo PPT**- que a su juicio, le inducen a concluir que la jornada de coordinadora es contraria a las normas legales y a los convenios colectivos, carecen de viabilidad jurídica, lo cual conduce a este Tribunal a la lógica conclusión de confirmar íntegramente las mismas por resultar ajustadas a Derecho.

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 recurso interpuesto por D. I.L.O. frente al pliego de prescripciones técnicas que habrá de regir en la prestación del servicio de atención domiciliaria convocado por el Ayuntamiento de Astillero (Cantabria) en el expediente de contratación por procedimiento abierto con valor estimado de 1.239.950,40 €, confirmando la legalidad de las cláusulas impugnadas.

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.



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 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.