



Recurso nº 1621/2019

Resolución nº 535/2020

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

En Madrid, a 17 de abril de 2020.

VISTO el recurso formulado por D. R.F.A., en nombre y representación de BRÓCOLI, S.L., contra los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación del “*Contrato de asistencia técnica para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras del sector T-04*” (Clave: 51-T-0401), convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 7 de noviembre de 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de asistencia técnica para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras del sector T-04, provincia de Tarragona. Se publicó también en el BOE el 12 de noviembre de 2019, y en el DOUE el 7 de noviembre.

Segundo. Se trata de un contrato de servicios, SARA, que se tramita por procedimiento abierto de urgencia, como consecuencia de la reversión de la AP-7 por fin de la concesión y la necesidad de su conservación. El valor estimado del contrato es de 27.671.268,28 €, y el plazo de ejecución es de dos años.

Tercero. Frente a los pliegos del contrato referido se interpuso recurso por BROCOLI S.L., en el que señala que con fecha 1 de abril de 2017 dicha entidad, en UTE con la Compañía Valenciana para la Integración y el Desarrollo, firma un contrato con AUTOPISTAS AUMAR, siendo el objeto del contrato “*mantener en perfecto estado de limpieza los edificios e instalaciones que comprenden las estaciones de peajes, edificios de peajes, áreas de mantenimiento, y áreas de descanso de la Red AP-7 AUMAR*”. La



duración de dicho contrato se extiende desde el 1 de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019.

Señala la recurrente que en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato que ahora se recurre, en su página 190, bajo el título “Listados de personal a subrogar” se dice: *“Se advierte que existen sendos contratos vigentes de limpieza y gestión de residuos, por los eventuales condicionantes que pudieran tener. Para el conocimiento de los mismos se habrá de comunicar con AUMAR”*.

Manifiesta asimismo que en fecha 26 de noviembre de 2019 remitió carta al Órgano de Contratación, solicitando la inclusión en los pliegos, a efectos de subrogación, de los trabajadores que hasta la extinción de la concesión prestaban los servicios de limpieza en dicha autopista, sin haber recibido respuesta por parte de la Dirección General de Carreteras.

A la vista de lo anterior, entiende la recurrente que se ha vulnerado el artículo 130 de 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 adelante LCSP), al entender que su personal es subrogable con arreglo a lo previsto en el Convenio Colectivo de trabajo del sector de Limpieza de edificios y locales.

En apoyo de su postura cita la resolución de este Tribunal nº 879/2014, de 28 de noviembre de 2014.

Cuarto. A la vista del recurso se elaboró informe por el OC, que solicitó la desestimación del mismo con base en los siguientes argumentos:

I. En primer lugar, señala el OC que *“AUMAR no es la empleadora de ningún trabajador que preste servicios de limpieza en el marco de la concesión; sino que es parte en contratos de servicios de limpieza celebrados con diferentes sociedades mercantiles, tal y como figura en la comunicación de AUMAR de fecha 24 de diciembre de 2018, en el que identifican los contratos suscritos con UTE AP7 CIA VALENCIANA - BROCOLI SL como empresas contratadas por Autopistas Aumar, documento que la recurrente*



presenta como Documento 8 y que se adjunta como Anexo al presente informe (Anexo 1)”.

Alega en este sentido que, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, la obligación de subrogación es la relativa a las relaciones laborales de las que sea titular la empresa saliente, ya que el citado precepto indica que “(...) *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 (...)*”. Una referencia similar se incluye en el artículo 27.2 párrafo primero del VI convenio General del Sector de la Construcción.

Por otro lado, señala que el origen del deber de subrogación del personal de la empresa saliente por la entrante está en el VI Convenio Colectivo General de la Construcción, por lo que no puede extenderse a personal y empresas que no están incluidos en el ámbito de aplicación, ni subjetivo ni material, de dicho Convenio, de acuerdo con el artículo 82 del ET y la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo, con cita de la sentencia de 28 de octubre de 1996.

Teniendo en cuenta lo anterior, entiende que no es posible atender a la petición de la recurrente, encaminada a que se extienda la obligación de subrogación de trabajadores contenida en el artículo 27 del VI Convenio General de la Construcción, por las siguientes razones:

- i) Que el citado artículo *“limita la subrogación al personal que realiza funciones de conservación y mantenimiento de autopistas, por lo que no se puede extender a la limpieza”.*
- ii) Que *“el artículo 4.1 del Convenio limita la aplicación del Convenio a las empresas que realizan algunas de las funciones enumeradas en su artículo 3, a saber, la construcción y obras públicas, la conservación y mantenimiento de infraestructuras, las canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales, las embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos, y, el comercio de la construcción mayoritario y exclusivista”;* actividades que en ningún caso guardan relación con la limpieza.



iii) Que las partes a las que se extiende la fuerza vinculante del Convenio de la Construcción: por la parte social, no son las que ostentan la representación de los trabajadores de la limpieza; y por la parte empresarial, es la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), que no es una organización patronal de empresas de limpieza.

Por ello, insiste en que es lógico que la subrogación de trabajadores, como prevé la LCSP y el Convenio, se circunscriba a los propios trabajadores de la empresa saliente, que son sobre los que se proyecta la eficacia del Convenio, y que no se proyecte sobre trabajadores de terceras empresas contratadas por la empresa saliente, dado que sus ámbitos funcionales y de negociación de sus respectivos Convenios colectivos son diferentes.

Se refiere, asimismo, al criterio expresado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento en su informe 835/2019, en el que se expone que no procede la inclusión de los trabajadores de las contratas de limpieza de AUMAR en la lista de trabajadores a subrogar, puesto que dicha lista debe reflejar exclusivamente a los trabajadores que tengan una relación laboral con la empresa saliente, como resulta del propio artículo 130 de la LCSP y 27 del VI Convenio Colectivo, y no una relación indirecta con ella a través de una contrata interpuesta como sucede con servicios auxiliares o complementarios como la limpieza, precisando no obstante que el que dicha información no se haya de reflejar en el listado previsto en el artículo 130 de la LCSP no impide que, pudiendo apreciarse la existencia de subrogación convencional entre los trabajadores de las actuales prestatarias de esos servicios y las empresas que pudieran ser contratadas por las futuras adjudicatarias de conservación integral (por ejemplo, de limpieza), el órgano de contratación haya considerado conveniente identificar esos contratos y sus circunstancias en cuanto que pueden revelar condicionantes económicos ajenos a la Administración del Estado relevantes para los licitadores. A este respecto, el OC señala en su informe que *“se debe señalar que ningún licitador ha planteado dudas sobre la información contenida en los Pliegos”*.

Se indica, asimismo, que el órgano de contratación cumple el artículo 130 de la LCSP, publicando de forma íntegra y completa la información facilitada por la empresa saliente, y que en ningún caso ha regulado o afectado el derecho de subrogación, cuya extensión



y alcance únicamente puede ser precisado por los Tribunales del orden jurisdiccional social, como expresamente se contempla en los Pliegos.

Dice, además, que la mención en la cláusula 46 de los pliegos de que las variaciones en el personal a subrogar serán de cuenta del adjudicatario del contrato, no constituye una afectación del derecho de subrogación, sino que simplemente explicita dos circunstancias previstas en nuestro ordenamiento, a saber:

- i) Que la subrogación es un fenómeno de derecho laboral ajeno al órgano de contratación más allá de la inclusión de información necesaria legalmente en los Pliegos ex artículo 130 de la LCSP, y cita al respecto nuestra resolución nº 440/2016, de 3 de junio.
- ii) Que las concretas necesidades de personal de un contrato son determinadas por el órgano de contratación al confeccionar los Pliegos, y estas no tienen que corresponderse con el total de personal con derecho a la subrogación, y cita nuestra resolución nº 88/2015, de 30 de enero.

Quinto. El 16 de diciembre de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, se dictó resolución acordando conceder la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento, sin que ésta afectase al plazo de presentación de ofertas. No obstante, el órgano de contratación había acordado de oficio la suspensión del procedimiento (incluido el transcurso del plazo de presentación de ofertas).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2.a de la LCSP.

Tercero. En lo que se refiere a la legitimación de la recurrente para interponer el recurso, el artículo 48 de la LCSP dispone: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses*



legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso". Por su parte, el artículo 50.1. b) señala que: "Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho".

En el presente caso, sí tiene interés *a priori* la recurrente, como es lógico, en el resultado de la subrogación de trabajadores, por lo que, de estimarse sus pretensiones por parte de este Tribunal, ello supondría indudablemente un beneficio para BROCOLI S.L. Así las cosas, sin que debamos entrar a valorar en este momento si la competencia de este Tribunal alcanza o no la determinación de los trabajadores que deben ser objeto de subrogación, entendemos que en aplicación del principio *pro actione* debemos concluir que la recurrente sí ostenta legitimación para la interposición del presente recurso.

En este sentido, en nuestras Resoluciones 398/2016, 212/2013 ya hemos venido señalando que la interpretación de los requisitos de legitimación debe hacerse con amplitud. Además, en nuestra resolución 758/2019 justificamos la legitimación de la empresa saliente (que aquí podría extenderse a BRÓCOLI de existir derecho a la subrogación de sus trabajadores) con base en la eventual responsabilidad que se puede derivar al amparo de lo dispuesto en el artículo 130.5 de la LCSP (*"En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista"*), señalando que *"cabe apreciar un interés legítimo ante los posibles efectos adversos que podrían derivarse hacia el recurrente, como contratista 'saliente', consecuencia del incumplimiento en los pliegos del deber de informar sobre las condiciones de trabajo del personal sujeto a subrogación de acuerdo con el Convenio Colectivo de aplicación"*.

Podemos citar en este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2004, en la que se señala que *"La tesis del motivo de casación, en su formulación rigorista, no puede ser compartida. Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al*



mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación. Pero, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJ, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido”.

Entendemos, con base en lo expuesto, que BROCOLI S.L. sí ostenta interés legítimo en la interposición del recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para recurrir (arts. 50.1.b) de la LCSP).

Quinto. Entrando ya en el fondo del recurso, debemos partir de que la obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del personal que venía prestando servicios deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el órgano de contratación.

Los términos en que debe comprenderse la obligación de subrogación han sido analizados por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, explicando, en su Informe de 31/1999, de 30 de junio, 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”.

A la vista de lo expuesto, no podemos sino concluir que el OC ha actuado correctamente al solicitar de AUMAR la remisión de la información relativa al personal a subrogar, por ser, como titular de la concesión, la empresa que venía efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar, y que tenía, en el momento de la licitación, la condición de empleadora de los trabajadores afectados, a los efectos previstos en el artículo 130 de la LCSP.

Como señala el OC, *“AUMAR no es la empleadora de ningún trabajador que preste servicios de limpieza en el marco de la concesión; sino que es parte en contratos de servicios de limpieza celebrados con diferentes sociedades mercantiles (...)”*, y el artículo 130 de la LCSP se refiere a la obligación de subrogación en las relaciones laborales de las que sea titular la empresa saliente.

Como dijimos antes, en el ámbito que ahora nos compete, como es el administrativo, tanto los órganos jurisdiccionales, como los diferentes órganos consultivos en materia de contratación pública, vienen coincidiendo en admitir que la cuestión relativa a la subrogación de los trabajadores es un tema estrictamente laboral, en el que no pueden entrar. Por lo tanto, no corresponde a este Tribunal determinar si el personal de limpieza debe ser objeto de subrogación en el nuevo contrato que se va a celebrar, sino que nuestro pronunciamiento debe limitarse al análisis de si, a la vista de la información publicada en los pliegos, el OC ha cumplido con las exigencias previstas en el artículo 130 de la LCSP.

Centrado pues el alcance de nuestro pronunciamiento, lo cierto es que, a nuestro entender, el OC no ha vulnerado el artículo 130 de la ley por el hecho de no haber publicado la información relativa a la subrogación del personal de limpieza. Y ello, en primer lugar, porque el precepto se refiere a *“la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados”*, y en este caso AUMAR, concesionaria de la autopista en el



momento de la licitación del contrato, no tenía la condición de empleadora de los trabajadores de limpieza. No queremos con ello decir que no exista derecho de subrogación de esos trabajadores, porque como ya hemos señalado no es este órgano quien debe resolver esa controversia, sino, únicamente, que el OC sí ha cumplido con las exigencias del artículo 130 a pesar de no haber incluido la información relativa a ese personal.

Lo que nos encontramos aquí es que la concesionaria externalizó un servicio, en relación con el cual no existe, por tanto, un vínculo laboral entre AUMAR y los trabajadores que materialmente cumplen ese contrato, sino un vínculo contractual entre dos empresarios. En este sentido, entendemos que con la información publicada en los pliegos, en la que no se incluyen los datos relativos a estos contratos, sí se cumplen las exigencias del artículo 130 de la LCSP, sin perjuicio de lo cual, en la medida en que resulta claro que la cuestión puede ser objeto de una controversia que será resuelta en el ámbito laboral, estimemos correcta la decisión del OC de advertir la existencia de esos contratos, señalando que *“se advierte que existen sendos contratos vigentes de limpieza y gestión de residuos, por los eventuales condicionantes laborales que pudieran tener. Para el conocimiento de los mismos se habrá de comunicar con AUMAR”*.

Por otro lado, y aunque ya han quedado justificados los motivos por los que, a nuestro juicio, no se ha producido en este caso el incumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la ley (al no ser la contratista empleadora de los trabajadores a cuya subrogación se refiere el recurso) debemos recordar que la obligación de información establecida en ese precepto no abarca toda la que en cada caso sea suministrada por el adjudicatario del contrato en el momento de la licitación. En efecto, tal y como dijimos en nuestra resolución 1031/2016, *“podemos señalar que, como hasta ahora, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, interpretado a la luz de la Directiva 2014/24/UE, el órgano de contratación deberá proporcionar la información sobre las condiciones de los trabajadores con derecho a ser subrogados por la empresa entrante cuando, al menos, le conste que, aparentemente, la normativa laboral aplicable pueda imponer dicha medida”*.

En este caso, a juicio del OC no se trata de personal subrogable, y justifica que, al menos aparentemente, el convenio colectivo que resulta de aplicación no impone dicha medida,



ya que el artículo 27 del mismo, que es el que regula la materia, limita la subrogación al personal que realiza funciones de conservación y mantenimiento de autopistas, mientras que el artículo 4.1 del Convenio limita la aplicación del mismo a las empresas que realizan algunas de las funciones enumeradas en su artículo 3, ninguna de las cuales guarda relación con la limpieza.

Entendemos, por lo expuesto, que el presente recurso ha de 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 formulado por D. R.F.A., en nombre y representación de BRÓCOLI, S.L., contra los pliegos que han de regir el procedimiento de licitación del *“Contrato de asistencia técnica para la ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación en las carreteras del sector T-04”* (Clave: 51-T-0401), convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento.

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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.