



Recurso nº 409/2022 C.A. Región de Murcia 45/2022

Resolución nº 551/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 13 de mayo de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. A. M. J. , en representación de EKIPO MEDIOS, S.L. contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Molina de Segura para contratar los *“Servicios de personal diverso (Jefe de Máquinas y Electricistas, Maquinistas y Acomodadores) para el desarrollo de la actividad del Teatro “Villa de Molina”*, con expediente 2022/967 SERV-ABR/2022000015, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Molina de Segura procedió a la convocatoria del procedimiento para la contratación de los servicios de personal diverso (Jefe de Máquinas y Electricistas, Maquinistas y Acomodadores) para el desarrollo de la actividad del Teatro *“Villa de Molina”*, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 18 de marzo de 2022. Se trata de un contrato de servicios con valor estimado por importe de 195.252,12 euros.

Segundo. Disconforme con los pliegos, EKIPO MEDIOS, S.L. ha interpuesto recurso especial en materia de contratación en fecha 4 de abril de 2022.

Sostiene, en síntesis, que el órgano de contratación ha incumplido lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo



y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, al no haberse incorporado a los pliegos el listado de personal a subrogar.

Tercero. Recibido el expediente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a la otra licitadora el 8 de abril de 2022, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin que haya hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21 de noviembre de 2020).

Tercero. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos del expediente de referencia, por lo que se trataría de un acto susceptible de impugnación conforme al apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP. Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, solicitados antecedentes por este Tribunal al órgano de contratación, el mismo indica que la recurrente es la actual adjudicataria del servicio.



Sobre la posibilidad de reconocer legitimación en base a esta circunstancia se pronunció nuestra Resolución 535/2020:

“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”.

En el caso que nos ocupa, se acredita la existencia de interés legítimo, tanto en su condición de contratista saliente, para el caso de que no resultara adjudicatario del nuevo contrato, como de su condición de licitador en el procedimiento. Además, debe tenerse en cuenta a efectos de legitimación que el recurrente presenta recurso el día 4 de abril de 2022, a las 13;28 y, posteriormente, presenta proposición el mismo día a las 13;55, según certifica el órgano de contratación.

Quinto. Entrando al fondo del asunto, el único motivo del recurso se refiere a la infracción del artículo 130 LCSP, al no haberse publicado con los pliegos el listado de personal a subrogar, siendo procedente tal subrogación. A tal fin, la entidad recurrente cita una serie de preceptos por los que considera que procede la subrogación.

Frente a estos argumentos, el órgano de contratación sostiene que, de los preceptos citados, no se desprende obligación alguna de subrogar al personal, no pudiendo apreciarse la transmisión de unidad económica que, al amparo del artículo 44 ET, sustentara tal posibilidad.

Sobre la obligación que el artículo 130 LCSP impone al órgano de contratación se ha pronunciado, entre otras, la Resolución 680/2020:



“La conclusión que cabe extraer de esta doctrina forjada desde este Tribunal es que la existencia o no de una obligación de subrogación de los trabajadores se desarrolla en la esfera del derecho laboral y del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de una empresa, y que, en consecuencia, el pliego no aporta nada a dicho supuesto de subrogación. Esta obligación existirá o no y será exigible o no, pero en ningún caso lo será porque lo imponga el pliego, lo que no es posible, sino porque exista esa previa obligación legal o convencional de subrogación con arreglo a la normativa laboral, convenio colectivo aplicable al sector o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general y, por tanto, con eficacia frente a terceros, y ello porque así se desprenda de la normativa laboral legal o convencional y de su interpretación, y en concreto, como determina el artículo 130 de la LCSP solo “Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del Órgano de Contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”.

Con arreglo a ese precepto, en el ámbito de la contratación de las AAPP, los Órganos de Contratación deben indicar a los licitadores en el PCAP la preexistencia de esa obligación legal o convencional de subrogación como empleador en determinadas relaciones laborales que se imponga al adjudicatario del contrato licitado y, por ello, deben facilitar a los licitadores en el propio PCAP la información que determina ese artículo 130 sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que ha de facilitar el empleador, pero solo en el caso de previa existencia de dicha obligación de subrogación impuesta al adjudicatario por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, pues como determina dicho precepto en el propio PCAP se ha de hacer constar, es decir, es una mención impuesta ex lege, que esa información se facilita en cumplimiento de lo previsto en ese mismo artículo 130 de la LCSP, lo que excluye la posibilidad de incluir o imponer supuestos de subrogación que tengan origen en fuentes distintas de las que establece el precepto citado que no obligan a los empresarios del sector a que se refiere el objeto del contrato, y por ello mismo, las



que pretenda imponer el Órgano de Contratación con fundamento distinto al determinado en dicha norma de la LCSP. Por tanto, en el PCAP solo cabe mencionar la existencia de esa obligación de subrogación si previamente viene impuesta por una norma legal o convenio sectorial o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, pues solo en tal caso existe obligación impuesta al adjudicatario en cumplimiento de una norma legal o convenio vinculantes para el sector.”

En el caso que nos ocupa, la entidad recurrente se limita indicar una serie de preceptos por lo que entiende que procede la subrogación.

En primer lugar, debemos descartar, tal y como indica el órgano de contratación, la aplicación a este supuesto del artículo 98 LCSP (que regula la sucesión del contratista en los supuestos de operaciones societarias descritas en el precepto) y el artículo 144 LCSP (se trata de la sucesión en el procedimiento, en condición de licitador, de la empresa resultante de una de las operaciones societarias que se describen en dicho artículo).

En relación con el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), este Tribunal no termina de comprender las razones de su mención, en tanto regula modalidades contractuales laborales, no constando los motivos por los que se derive una obligación de subrogación de dicho precepto, más allá de que los diferentes contratos existentes deban reconducirse a modalidades de carácter indefinido.

Por último, el único precepto citado del que se derivaría una posible obligación de subrogación es el artículo 44 ET. Ahora bien, la entidad recurrente, más allá de transcribir el precepto y de incorporar el listado del posible personal a subrogar, no incorpora ni acredita las razones de las que pudiera desprenderse, en aplicación de dicho artículo y de la jurisprudencia dictada en su desarrollo, la existencia de una posible obligación de subrogarse en el caso que nos ocupa.

Ello, unido al hecho de que no se cita convenio colectivo que pudiera resultar de aplicación y que impusiera la posible subrogación, determina que deba procederse a la desestimación del recurso, pues en el caso que nos ocupa no se desprende que exista una obligación de



subrogar impuesta en alguna de las fuentes enumeradas en el artículo 130, no apreciándose por lo tanto, una vulneración de dicho precepto.

Sexto. El artículo 58.2 de la LCSP establece que:

“2. En el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”.

En el mismo sentido, el artículo 31.2 del RPERMC dispone que:

“2. Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía”.

La doctrina de este Tribunal en consonancia con la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica y también se ha dicho que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo o en aquellos casos que haya una carencia manifiesta de fundamentación, o sin viabilidad jurídica. También es apreciable cuando falte un serio contenido en el recurso, y cuando haya una clara falta de fundamento en la cuestión que se suscita.

Así, han dicho nuestros Tribunales que la mala fe, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que la temeridad tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta



procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho o cuando se sostiene una pretensión o una oposición sin mínima base, argumento o expectativa razonable.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de octubre de 2015 (rec.cas. 266/2014), expuso que la finalidad de la imposición de este tipo de multas *“no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación”.....“Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio”.*

También, dijo el mismo Tribunal, en su sentencia de 4 de marzo de 2015 (rec.cas. 26/2014 , FJ 2º), en relación con el origen de esta norma que habilita la imposición de la multa:

“...cabe citar el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 en el que se indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”, en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la « facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues “en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas”.

E igualmente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 mayo 2004, (rec.cas. 4634/2001), declaraba que puede estimarse la existencia de temeridad procesal *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”.*

En la misma línea, ha tenido distintos pronunciamientos la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otros, en las sentencias de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13), donde se decía que *“la finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de*



adjudicación, suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que sea resuelto”.

Aplicando al recurso que nos ocupa la doctrina antes expuesta y los distintos pronunciamientos judiciales referidos, llegamos a la conclusión que existe temeridad en la interposición del presente recurso, pues, como razonamos en la fundamentación jurídica de esta resolución, se han utilizado para fundamentar su pretensión, la cita genérica de distintos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículos 16 y 44) para justificar el incumplimiento por parte del órgano de contratación de lo dispuesto en el artículo 130 LCSP, que en nada tienen conexión o no son de aplicación, de ninguna manera, a la cuestión controvertida, sin haberse esforzado, por otra parte, el recurrente en argumentar su aplicación. Tampoco se cita en el recurso, tan siquiera, el convenio colectivo, en virtud del cual, se debería imponer obligatoriamente la subrogación de determinados trabajadores, como se solicita.

Todo ello, evidencia una manifiesta carencia de fundamento o de viabilidad jurídica que justifica, atendidas todas las circunstancias concurrentes, la imposición al recurrente de una multa por temeridad en la cuantía de 3.000

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A. M. J. , en representación de EKIPO MEDIOS, S.L. contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Molina de Segura para contratar los *“Servicios de personal diverso (Jefe de Máquinas y Electricistas, Maquinistas y Acomodadores) para el desarrollo de la actividad del Teatro “Villa de Molina”*”, con expediente 2022/967 SERV-ABR/2022000015.

Segundo. Imponer al recurrente, por temeridad en la interposición de este recurso, la multa de 3.000 euros, prevista en el artículo 58 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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 10.1. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.