



Recurso nº 399/2014 C.A. Principado de Asturias 030/2014

Resolución nº 452/2014

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

En Madrid, a 13 de junio de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.G.A., en representación de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES - UNIÓN REGIONAL DE ASTURIAS, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de servicio de vigilancia y seguridad en el Área Sanitaria IV anunciado por la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias por procedimiento abierto y con un presupuesto base de licitación de 470.949,52 € (nº de expediente 17-14-SE); el Tribunal, se sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. A propuesta de la Jefe de Servicio Interior y por Resolución de 14 de marzo de 2014 de la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias se dispuso la apertura del expediente por procedimiento abierto para la contratación del servicio de vigilancia y seguridad en el Área Sanitaria IV. La citada contratación se disponía por un plazo de ejecución de un año y un presupuesto base de licitación de 470.949,52 €, con un precio unitario de 16,43 € y 28.664 horas de servicio.

Segundo. Por Resoluciones de fecha de 9 de abril de 2014 de la Secretaría General Técnica y del Director General de Justicia e Interior, ambas dictadas por delegación, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rectores de la contratación. Posteriormente y por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de abril de 2014, previa fiscalización de conformidad, se autorizó la

referida contratación y el gasto correspondiente totalizado en la cantidad de 569.848,92 € con cargo a los ejercicios presupuestarios de 2014 y 2015.

Tercero. La referida convocatoria del contrato de servicios fue anunciada públicamente mediante el envío del anuncio al Boletín Oficial del Principado de Asturias (nº 102) de 5 de mayo de 2014 disponiendo un plazo de presentación de ofertas o de solicitudes de participación de quince días naturales a contar desde el día siguiente a la publicación del anuncio.

Cuarto. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los procedimientos abiertos en 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.

Quinto. Con fecha de 13 de mayo de 2014 ante el órgano de contratación, la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias, el representante del sindicato, UNION GENERAL DE TRABAJADORES – UNION REGIONAL DE ASTURIAS, procede a anunciar la interposición del recurso especial contra el pliego de prescripciones técnicas y en concreto contra su base IX.

Sexto. El 20 de mayo de 2014 tuvo entrada la formalización en plazo del recurso especial ante este Tribunal, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula IX del PPT por vulneración directa del artículo 14 de la Constitución Española.

Séptimo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras en fecha 23 de mayo de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

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 del Principado de Asturias sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

Segundo. Recurre una cláusula del PPT una persona jurídica de naturaleza sindical, por lo que más adelante hemos de plantearnos su legitimación al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre una cláusula del PPT de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que se trata de un acto susceptible de recurso especial, de conformidad con el artículo 40.1, a) y 2.a) del TRLCSP, y se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. El sindicato recurrente insiste en su legitimación para formalizar el recurso, en defensa de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores a los que representa, en especial, aquéllos que pudieran resultar perjudicados por no facilitarles la subrogación en la prestación del servicio con la empresa que resultase adjudicataria.

Para sostener el medio de revisión especial formalizado en esta vía de recurso considera, sobre el fondo del asunto, que el órgano de contratación ha introducido en la documentación rectora del procedimiento y, en concreto, en el PPT (cláusula IX) una disposición contraria a la legalidad e incluso contraria al principio constitucional de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 14 de la Carta Magna.

Trae a colación reiterada y constante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad y, a su juicio, *“Proyectada la anterior doctrina al supuesto controvertido es evidente la vulneración del principio de igualdad acaparado en el artículo 14, por establecer dicha base una diferencia de trato injustificada en función de la*

antigüedad del trabajador que carece de cualquier causa objetiva y razonable que la ampare, no sirviendo como criterio objetivo del presunto ahorro económico que dicha materia podrá operar en la licitación del servicio, por estar ante una medida adoptada por una Administración Pública en el ejercicio propio de sus competencias con pleno sometimiento a la ley y a la interdicción de la arbitrariedad en los términos prescritos en el artículo 9.3 de la CE. Idéntica conclusión se colige si analizamos el supuesto controvertido desde la vertiente de la prohibición de discriminación amparada por el mismo artículo de nuestra norma constitucional. Así la doctrina jurisprudencial viene señalando en este punto que lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia (...)”.

En virtud de tales alegaciones, el sindicato que ha formalizado este recurso suplica a este Tribunal que declare la nulidad de pleno Derecho de la Base IX del PPT pues, a su juicio, es evidente la vulneración directa del artículo 14 CE tanto desde la vertiente del principio de igualdad como de la prohibición de discriminación.

Quinto. El órgano de contratación envía el expediente a este Tribunal junto con el informe y sus consideraciones jurídicas exigido por el artículo 46.2º del TRLCSP, fechado el 22 de mayo del presente y suscrito por el Jefe del Servicio Interior con la conformidad del Director General de Justicia e Interior de la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias.

El referido informe expone que la cláusula impugnada se ajusta a la legalidad marcada en el convenio colectivo regulador del sector de servicios de seguridad y que además responde a una justificación objetiva razonable y proporcionada. Su primer argumento se centra en el estricto cumplimiento del vigente Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad y, en concreto, su artículo 14 bajo la rúbrica “Subrogación de servicios”, pues el referido precepto únicamente impone la subrogación de aquellos trabajadores con más de siete meses de servicios en la empresa. En conclusión, a su juicio única y exclusivamente gozan del derecho de subrogación los trabajadores que reúnan los

requisitos del artículo 14 del Convenio Colectivo, esto es, los que tengan una antigüedad superior a siete meses.

Además con la Base IX del PPT no se vulneran los principios de igualdad y de no discriminación pues en las consideraciones del órgano de contratación dicha cláusula responde a una justificación objetiva, razonable y proporcionada, cual es el tratarse de una actuación presidida por una eficaz gestión del gasto público, para evitar el encarecimiento del servicio.

En definitiva, el informe viene a concluir que la Administración autonómica no ha vulnerado el artículo 14 CE y además ha cumplido con la legalidad vigente, laboral y administrativa, ha respetado escrupulosamente los derechos de los trabajadores adquiridos al amparo de los sucesivos contratos de vigilancia y seguridad del Área Sanitaria IV, por lo que suplica la desestimación del recurso contra la Cláusula IX del PPT.

Sexto. El examen del requisito de la legitimación exige varias consideraciones por parte de este Tribunal. Así, procede examinar la legitimación para interponer el presente recurso de D. J. M. G. A., en su calidad de Abogado representante del Sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES – UNIÓN REGIONAL DE ASTURIAS.

El artículo 42 TRLCSP establece que "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".

Como el Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, Resolución 89/2010, de 23 de marzo de 2011) "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 de beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética".

Ahora bien, también ha señalado el Tribunal (Resoluciones 31/2010, de 16 de diciembre y 172/2013, de 14 de mayo), con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, que *“tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (SS 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, lo que tiene una proyección concreta en los supuestos de procedimientos de concurrencia, en los cuales la condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado.”*

Sobre esta base se afirmó en la citada Resolución 31/2010 que, "por tanto, no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, ni tampoco basta con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición". En esta línea, este Tribunal ha aceptado, en ocasiones, la legitimación de terceros no licitadores o que no pretenden la adjudicación del contrato.

En concreto, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la legitimación para interponer recurso especial de terceros no licitadores como Sindicatos, miembros del Comité de Empresa, y trabajadores de la empresa que viene prestando los servicios objeto de licitación.

En lo que se refiere a la legitimación de los Sindicatos, y como se señala en la Resolución 172/2012, de 14 de noviembre (citada por la reciente 83/2014, de 5 de febrero), el Tribunal Constitucional ha venido a fijar cuatro premisas en esta materia, que

se desprenden de las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, 24/2001, de 29 de enero, y 84/2001, de 26 de marzo, premisas que son las siguientes: 1) las viejas reglas de la Ley Jurisdiccional de 1956 –el interés directo de su artículo 28.1.a)– deben ser sustituidas por la noción de interés legítimo del artículo 24.1 de la Constitución (hoy ya recogida en el artículo 19.1.b de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso administrativa), entendida según la teoría general, esto es, como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada; 2) que los Sindicatos, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución como por obra de los Tratados Internacionales suscritos con España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general; 3) que, sin embargo, respecto de la legitimación procesal esa capacidad abstracta de los Sindicatos debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ya que la función constitucionalmente atribuida a los Sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad; y, 4) en el orden contencioso-administrativo, ese vínculo, entendido como aptitud para ser parte en un proceso concreto o "*legitimatío ad causam*", ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico.

Siguiendo lo indicado en la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, procede en este punto traer a colación "las Sentencias del Tribunal Constitucional número 210/94, 257/88, 106/96, entre otras, las cuales, en síntesis afirman que "(...) *la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que corresponde a los Sindicatos, no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, por lo que, en cada caso en que el sindicato ejercite acciones, se exige un vínculo o conexión entre el propio Sindicato y la pretensión ejercitada. Y ese vínculo no puede ser otro que un interés en sentido propio, específico y cualificado*".

De acuerdo con lo indicado, y aun cuando excepcionalmente el Tribunal haya admitido la legitimación de los Sindicatos si "existe un planteamiento razonable de defensa de los intereses colectivos de ese personal por parte de las organizaciones sindicales recurrentes, suficiente para acreditar la exigida legitimación "*ad causam*" de cara a

examinar el fondo de la reclamación” (Resolución 172/2013, de 14 de mayo), como regla general se ha negado dicha legitimación cuando los intereses afectados corresponden a la esfera de las **relaciones laborales** entre la nueva empresa contratista y sus trabajadores, quienes pueden hacer valer sus derechos ante la Jurisdicción Social (por todas Resolución 144/2013, de 10 de abril).

Pues bien, en supuestos similares al que ahora se examina (recursos especiales fundados en un presunto incumplimiento de las cláusulas de subrogación empresarial), el Tribunal ha apreciado la **falta de legitimación** de los Sindicatos recurrentes. Así, en la Resolución 18/2013, de 18 de enero, se afirma lo siguiente:

“Con base en dicha jurisprudencia, se concluyó en la citada Resolución de 23 de marzo de 2011 la ausencia de legitimación del Sindicato recurrente para impugnar los pliegos objeto de recurso. A la misma conclusión llegó este Tribunal en la Resolución 277/2011, de 16 de noviembre de 2011 que, en un supuesto muy similar al que ahora se examina (impugnación de Pliegos por un Sindicato que consideraba que los mismos no garantizaban adecuadamente los supuestos de subrogación empresarial impuestos por la normativa laboral), entendió que tal circunstancia no es suficiente para fundamentar la posible legitimación activa en el recurso, pues, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, el interés legítimo no puede ser equiparado al interés en la legalidad”. La subrogación empresarial, sin perjuicio de que pueda ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social”.

Por los motivos expuestos, procede apreciar la falta de legitimación de D. J. M. G. A., en su calidad de Abogado representante del Sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES-UNIÓN REGIONAL DE ASTURIAS, para interponer el presente recurso especial.

Séptimo. Pese a la declaración de inadmisión que conlleva la falta de legitimación para sostener el recurso especial interpuesto este Tribunal viene considerando su actuación

de oficio para supervisar las cláusulas de los pliegos que aparezcan aquejadas de vicios de nulidad.

Para su análisis hemos de traer a colación el tenor literal de la cláusula impugnada por el sindicato recurrente, esto es, la cláusula IX del PPT que reza así: *“En el supuesto que el número de vigilantes con derecho a subrogación resultase insuficiente para cubrir la totalidad del servicio el/los vigilante/es que se incorpore/n han de carecer de trienios, quinquenios o pluses consolidados”*.

El parámetro o juicio de legalidad de esta cláusula, considerada como discriminatoria, ha de ser lo previsto en la legislación contractual en materia de subrogación de trabajadores, amén del respeto a la norma constitucional que culmina la pirámide normativa de todo el Ordenamiento Jurídico.

En este sentido el artículo 120 del TRLCSP 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”*.

En este sentido, hemos de reiterar que el pliego o los pliegos, en su caso, cumplen con dar la información exigida en el precepto transcrito sin que puedan entrar en la regulación de aspectos que se hallan extramuros de la legislación contractual y que pretenden incidir sobre las relaciones laborales entre la empresa adjudicataria del servicio y los trabajadores subrogados.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vienen prestando el servicio objeto del contrato, con carácter general derivado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que impone que: *“El cambio de titularidad de una empresa, 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”*.

Por su parte la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos.

Esta obligación de índole laboral, lleva consigo la consecuencia de que desde la óptica de la contratación administrativa, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que pueden influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones- por más que sean obligaciones legales-, cuya efectividad, contenido y alcance eran desconocidos en el momento de formularlas. A todo ello responde el artículo 120 del TRLCSP.

La información de la obligación de subrogación permite que los licitadores tengan un conocimiento completo de los elementos que pueden afectar a la estructura económica del contrato, lo que les permitirá conocer todos los extremos precisos para formular ofertas. Asimismo dicha información permite a los licitadores conocer las condiciones del personal, que en caso de resultar adjudicatario, pasará a formar parte de la plantilla empresarial, con efectos inherentes a cualquier relación laboral entre los que figuran los derechos y obligaciones de contenido económico, incluidos los derivados de la extinción

laboral. El adjudicatario es conocedor, de que, en relación al personal que presta el servicio de la licitación, en caso de resultar adjudicatario y por subrogación legal, tendrá que ejercer todas las facultades empresariales asumiendo también las obligaciones.

Para dar cumplimiento a la disposición legal, esto es, al artículo 120 del TRLCSP basta con que en los pliegos se indique la existencia de dicha obligación y se dé cumplida información sobre los trabajadores que están prestando el servicio susceptibles de pasar a la nueva empresa adjudicataria, sin que en los pliegos el órgano de contratación pueda pautar las relaciones laborales, cuestión ésta sobre la que despliega sus efectos la cláusula IX del PPT.

La obligación o no de subrogación de los trabajadores, cuando es prevista en el correspondiente convenio colectivo, es tenida en cuenta en los pliegos a los efectos de información, de acuerdo con el reiterado artículo 120 del TRLCSP, pero los pliegos de contratación no crean obligaciones ni derechos en materia laboral ni pueden regularlos o introducir las limitaciones que contempla la cláusula IX del PPT, por lo que amén de discriminatoria se excede del ámbito propio de los pliegos, por lo que se ha de considerar nula de pleno Derecho ex artículo 62.1, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Bajo el principio de conservación de actuaciones administrativas, la declaración de nulidad, conlleva que se tenga por no puesta la referida limitación siendo válidas las demás cláusulas contenidas en el PPT (artículo 65 de la Ley 30/1992).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso interpuesto por D. J.M.G.A., en representación de la UNION GENERAL DE TRABAJADORES - UNION REGIONAL DE ASTURIAS, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de servicio de

vigilancia y seguridad en el Área Sanitaria IV anunciado por la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias.

Segundo. Declarar la cláusula IX del PPT contraria a Derecho y, por ende, por no puesta en el contenido del referido PPT.

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 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 del Principado de Asturias, 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,k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.