



Recurso nº 119/2020

Resolución nº 410/2020

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

En Madrid a 19 de marzo de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. L. M. R. J., en representación de la UTE EMERGYA, S.L.M., contra el desistimiento de la licitación convocada por CORPORACIÓN RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A, S.M.E para contratar el “servicio de atención a usuarios (SAU-20)”, EXPEDIENTE S-01831-2019, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 5 de agosto de 2019, como contrato de servicios, con un valor estimado de 5.948.225,5 EUR.

Segundo. Tras la tramitación oportuna, deben destacarse los hitos siguientes:

- En “ACTA DE LA REUNIÓN DEL COMITÉ DE COMPRAS DE LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SME SA” de 24-10-2019 figura una “Relación de propuestas de contratación para su aprobación en comité y posterior remisión a la Administradora única de RTVE”, con “adjudicación” del contrato que nos ocupa.

-El 19 de noviembre de 2019 se reunió telemáticamente el Comité Asesor de Compras de la Administradora Unica de RTVE, y según acta al efecto, se procede a la “2.2. Aprobación de la propuesta de adjudicación del expediente S-01831-2019 “SERVICIO DE ATENCIÓN A USUARIOS (SAU — 20)”, para un contrato de 4 años y 1 año más de posible prórroga, por un importe de 3.616.834,79 a la empresa UTE: EMERGYA — SLM.2”



-Consta en el expediente *“COMUNICACIÓN PREVIA DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO”*, fechada el 19-11-2019, en que se señala: *“Les comunicamos que el Órgano de contratación de la Corporación RTVE, SME, SA ha adjudicado a esa sociedad el expediente S-01831-2019.*

Se adjuntan archivos PDF en los que se indican la documentación requerida para formalizar la contratación, certificación previa a la adjudicación y formalización de contrato, y un borrador del contrato, con el objeto de que verifiquen, corrijan o cumplimenten, en caso de ser necesario, los datos que aparecen en el documento.”

También consta en el expediente la comunicación de la adjudicación a otros licitadores.

-En *“ACTA DE LA REUNIÓN DEL COMITÉ DE COMPRAS DE LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA SME SA”* de 19-12-2019, hora de inicio las 11, y fin de sesión a las 12, consta aprobación del desistimiento del mismo contrato.

-En *“ACTA DE LA REUNIÓN DEL COMITÉ ASESOR TELEMÁTICO DE COMPRAS DE LA ADMINISTRADORA ÚNICA DE RTVE”* de 19-12-2019, hora de inicio 12.30, figura la aprobación de la propuesta de desistimiento.

-Consta informe de la Abogacía del Estado a la propuesta de desistimiento, favorable a la misma.

- En fecha 20 de diciembre de 2019, el recurrente fue notificado de Anuncio de Adjudicación Definitiva a través de publicación en la Plataforma de contratación del Sector Público, hora 13.57, según documento que él mismo aporta, en que consta como fecha del acuerdo de adjudicación el 20-12-2019. Él dice que había sido ya recibida a las 10 horas.

-No consta la fecha de comunicación del referido desistimiento al interesado, si bien el recurrente aporta copia de la misma y dice haber sido notificado el mismo día 20-12-2019. En la misma se hace constar:

“Se ha acordado el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “SERVICIO DE ATENCIÓN A USUARIOS (SAU-20)”, expediente S-01831-2019.



El artículo 152.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) permite la posibilidad de DESISTIR de los procedimientos de adjudicación de los contratos hasta el momento anterior la FORMALIZACIÓN del contrato. Según el precepto citado, "La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común."

Respecto a las causas que amparan el desistimiento, el artículo 152.4 de la LCSP dispone: "4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación."

En el presente caso, se ha detectado una infracción insubsanable de la normativa vigente en la Corporación RTVE que afecta a la preparación del contrato. Según Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2019, recurso 3/2018, existe la obligación para la Corporación RTVE de incluir en los pliegos de condiciones de los concursos públicos para la prestación de servicios la obligación de la subrogación de trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad del adjudicatario, facilitando en la documentación contractual la información necesaria sobre las condiciones de subrogación para los potenciales licitadores.

En los pliegos reguladores de la presente contratación, tratándose de un contrato de servicios que se encuentra actualmente en ejecución y en el que existirían trabajadores a subrogar en caso de cambio de empresa prestadora del servicio, no se ha contemplado, sin embargo, la cláusula de subrogación, ni se ha facilitado, en consecuencia, la información necesaria a efectos de que los licitadores pudieran formular sus ofertas correctamente. No siendo posible modificar los pliegos en el presente momento ni subsanar el defecto de



preparación del procedimiento por afectar a la formulación de las ofertas, procede el desistimiento del procedimiento de adjudicación.”

Dándose pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 14-1-2020 se presenta recurso, en que se alega muy resumidamente:

-Que la obligación de establecer la subrogación de los trabajadores en los pliegos de condiciones de los concursos públicos para la prestación de servicios en dicha Corporación fue asumida voluntariamente por CRTVE desde que suscribió en fecha 12 de julio de 2006, el “Acuerdo para la constitución de la Corporación de RTVE SA” según la SAN de fecha 14 de junio de 2019 aludida en el desistimiento, y que según otras SSAN anteriores aludidas por la SAN precitada, se había confirmado su obligatoriedad, por lo que aludir a esta obligación tantos años después para desistir es “contrario al Principio de Seguridad Jurídica” y “choca frontalmente contra la Doctrina de los Actos Propios” y “supone un flagrante abuso de derecho y mala fe procesal (sancionadas en el artículo 7 del Código Civil) que, han causado unos irreparables perjuicios a mi mandante, no solo de índole económica, sino también en materia de recursos humanos y en materia de organización y planificación corporativa que, en modo alguno puede ser tolerado. Añadiendo que se le ocultó toda esa información en el procedimiento de contratación “sesgando una información vital, por la que de haber sido conocida mi mandante no hubiera licitado” y aludiendo a un “vicio en el consentimiento por parte de las Entidades que han licitado, promovido por CRTVE.”

Asimismo, señala que conforme al art. 152 LCSP y nuestra doctrina, no cabe desistir tras la adjudicación, *“Resultando pacífico que, el acto de adjudicación se formaliza en el momento en el que el órgano de contratación dicta el acuerdo de adjudicación (en nuestro caso, no solo fue adjudicado en fecha 19 de noviembre de 2019, sino que, el acuerdo definitivo nos fue también remitido en fecha 20 de diciembre de 2019 y, a más inri, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público); motivo por el cual se acredita el incumplimiento por parte de CRTVE del primer requisito (absolutamente preceptivo) para poder acordar el desistimiento que nos ocupa.”*



Y añade que *“la circunstancia aquí acontecida, ni supone una infracción de las normas de preparación del contrato ni menos aún, de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación”* pues se trata de una obligación voluntariamente asumida por CRTVE e incumplida por ellos.

Y por ello pide la nulidad del desistimiento, y que se proceda a:

“a) Declarar que, a todos los efectos, la Entidad que represento es la adjudicataria del Servicio de atención a usuarios (SAU-20), del expediente S-01831-2019.

b) Se condene a la Corporación Radio televisión Española S.A. S.M.E., a otorgar el correspondiente contrato junto con mi representada de dicha adjudicación.

c) Se declare que la infracción en la que ha incurrido la Corporación Radio Televisión Española S.A. es subsanable, condenándola a la obligación de informar sobre la subrogación a los trabajadores de las empresas de servicios, al producirse el cambio de titularidad del adjudicatario, debiendo correr y hacerse cargo de todos los gastos que se originen con motivo de dichas subrogaciones, incluidas las derivadas de las rescisiones de las relaciones laborales a las que haya lugar.”

-El informe del órgano de contratación alude a que la adjudicación se aprobó por el Comité de Compras Telemático el 13-11-2019 (sic) y por el Comité Asesor de compras del 19-11-2019, y que se remitió el 26-11-2019 notificación previa a la adjudicación, señalando que antes de la formalización se detectó el error de no haber hecho referencia en los pliegos a lo indicado por la SAN de 14-6-2019; que se pidió informe el 19-12-2019 a la Abogacía del Estado y que se emitió el mismo día , sin que el órgano aluda a la publicación de la adjudicación el 20-12, sino solo a la publicación del desistimiento el mismo día.

Pretende que no suscribió el Acuerdo de 2006 porque CRTVE no comenzó su funcionamiento hasta un momento posterior; añade que la cláusula controvertida no se ha incluido habitualmente en los pliegos al entender que el Acuerdo no tenía el alcance obligatorio que posteriormente le han dado los tribunales, aunque han tenido que ceder ante las sucesivas resoluciones en contra.



Defiende que el desistimiento es un acto discrecional, y que se cumplen los presupuestos del art. 152.2 y 4 LCSP en cuanto al plazo –atendiendo al 153.3 LCSP- y la insubsanabilidad del requisito conforme (muy resumidamente) el art. 130 LCSP y 122 LCSP.

Añade que, si bien pueden proceder daños y perjuicios, nunca lucro cesante, o cualquiera que se aparte de los referidos en el 152.2 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 de la LCSP, y 22.1. 1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC); en relación con el art. 3.1 f) y 3.3 c) de la LCSP, por ser la Corporación RTVE un poder adjudicador dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. Se recurre acto referido al desistimiento de un contrato de servicios, cuyo valor estimado excede de 100.000 euros, y sometido a legislación armonizada.

En consecuencia, el acto es recurrible, conforme a los artículos 44.1.a) LCSP y 2.b), y 22 del RPERMC.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido los 15 días hábiles de plazo entre la fecha de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de licitador en el procedimiento.

Quinto. El art. 152 LCSP señala lo siguiente:

“Artículo 152. Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración.



1. *En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*

2. *La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.*

3. *Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.*

4. *El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.*

5...”

En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté



basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato”.

Más recientemente en la Resolución 254/2019, 15 de marzo, se recoge la doctrina sobre el desistimiento y la renuncia diferenciando ambas instituciones. Así, *«el precepto recoge dos instituciones distintas, la renuncia y el desistimiento, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones por este Tribunal. La renuncia, a diferencia del desistimiento, supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación, por razones de interés público y, por ello, es un acto de contenido discrecional. Ha de ser acordado -al igual que el desistimiento- antes de la adjudicación del contrato, para evitar lesionar derechos y no meras expectativas, y precisamente por su carácter discrecional el artículo 152.3 de la LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento tiene un contenido por completo diferente, a diferencia de la renuncia no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto. En relación con el desistimiento este Tribunal ha señalado (Resolución 323/2016, de 29 de abril) que: “se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurran los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca*



antes de la adjudicación del contrato”. En idénticos términos se pronuncia la Resolución de este Tribunal 697/2018 dictada en el recurso 622/2018».

La Resolución de 5 de julio de 2019 acuerda el desistimiento al considerar que ha existido un error en el cálculo de los costes salariales que determina un presupuesto base de licitación diferente del que existe. En concreto señala: “(...) *ya que el error en el cálculo de los costes salariales ha podido causar error en los licitadores en el momento de cuantificar sus ofertas económicas, también debe ser tenida en cuenta por la CNMC, ya que se ha constatado que el Presupuesto Base de Licitación es mucho más bajo, en aplicación de los nuevos costes salariales (en cuyo cálculo se tuvieron en cuenta los salarios establecidos XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a personas con discapacidad, y atendiendo a las categorías profesionales de los trabajadores en jornada completa”.*

En atención a esta doctrina, no se trata pues de un acto discrecional del órgano de contratación, sino que debe reunir condiciones inexcusables de plazo y requisitos habilitantes.

Sexto. Aplicando tal doctrina a nuestro caso, y en cuanto al plazo, el órgano de contratación considera que, pese a que se dictó la resolución de adjudicación el 19-11-2019 por aplicación del 153.3 LCSP, no podía adjudicarse antes de transcurrido tal plazo, y que en todo caso, la nueva redacción se refiere a la formalización del contrato.

Es cierto que el vigente artículo 152 hace referencia, como hito temporal, no ya a la adjudicación, sino a la formalización. También es cierto que en algunas de nuestras Resoluciones dictadas al amparo de la LCSP hemos seguido hablando de la “*adjudicación*”, pero porque tal hito no constituía en realidad objeto de debate.

En el TRLCSP el desistimiento solo podía llevarse a cabo con anterioridad a la adjudicación del contrato; sin embargo, la LCSP utiliza la expresión “*formalización*”.

Y con ello se refiere a la “*formalización del contrato*”, en una interpretación literal y contextual (art. 3 CC) por la ubicación sistemática del artículo 152 de la LCSP, que se sitúa



con posterioridad al requerimiento de la documentación de quien ha sido propuesto como adjudicatario y la adjudicación del contrato, artículos 150 y 151 de la LCSP, y con anterioridad a la regulación de la formalización del contrato, artículo 153 de la LCSP.

Por lo que parece claro que el Legislador permite ahora retrasar esta decisión a un momento anterior a la formalización del contrato.

Desde un punto de vista teleológico, esta interpretación parece acorde a la realidad subyacente, en tanto que es la suscripción del contrato la que hace nacer derechos y obligaciones entre las partes; y, en todo caso, aunque se aleguen derechos adquiridos, el mayor perjuicio que hubiera para quien se sabía ya adjudicatario, por la realización de actuaciones preparatorias de la ejecución del contrato, vendría compensado vía indemnización.

Además, la alternativa a permitir el desistimiento en el intervalo entre la adjudicación y la formalización -si hubiera causa para ello- sería la revisión de oficio acudiendo a una impugnación judicial (pues no se puede resolver un contrato aún no formalizado), solución indudablemente gravosa y dilatada en el tiempo, lo cual hace razonable que el Legislador haya preferido primar la celeridad del desistimiento, que favorece el interés público en que en su caso se suscite cuanto antes una nueva contratación ajustada a Derecho; todo ello sin perjuicio de las posibilidades impugnatorias que se le reservan al afectado.

Por tanto, entendemos que, ante el tenor literal del art. 152.2 LCSP, no se puede alegar ni propios actos ni principio de confianza legítima, pues es el propio Legislador el que permite desistir hasta la formalización.

Séptimo. En cuanto a si concurre en nuestro caso *“una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación”* que justifique el desistimiento, entendemos que es inane a estos efectos la alegación hecha por el recurrente de que CRTVE tenía que haber conocido y haber procedido antes a la necesaria inclusión de la discutida previsión de subrogación en los pliegos, puesto que lo que debe observarse es si realmente estamos ante un defecto insubsanable: la mayor o menor diligencia del órgano de contratación no tiene relevancia ni siquiera a efectos de la



responsabilidad patrimonial que pueda generarse a favor del interesado, ya que en nuestro Derecho esta se construye sobre la relación de causalidad, sin importar que el funcionamiento del servicio público sea normal o anormal (art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), sin perjuicio de la eventual repercusión del art. 36 de la misma Ley.

En nuestro caso, la resolución de desistimiento se ampara en no haber incluido una cláusula de subrogación y la información correspondiente en el pliego de condiciones generales, cuando existía la obligación para ello, conforme al Acuerdo para la Constitución de la Corporación RTVE y de conformidad con la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 14 de junio de 2019, recurso 3/2018, en la que se anulan unos determinados pliegos publicados por CRTVE, y se condena a la misma a la inclusión en estos de la cláusula de subrogación laboral derivada del citado Acuerdo para la Constitución de la Corporación RTVE.

La misma señala:

“SEGUNDO.- La controversia suscitada en esta apelación resulta sustancialmente idéntica a la planteada y resuelta por esta misma Sala y Sección en las sentencias de 27 de febrero de 2015 (Ap. 20/2014) y de 21 de abril de 2017 (Ap. 2/2017). Razones de método y de ortodoxia procesal obligan a traer aquí a colación lo razonado en dichas sentencias, en las que expusimos lo siguiente:

"El 12 de julio de 2006, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 35ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, RTVE y la SEPI elaboraron un Plan de saneamiento y futuro de RTVE, y para conseguir la participación de los actores sociales se suscribió el Acuerdo para la Constitución de la Corporación RTVE por la representación de RTVE, la SEPI, CCOO, UGT, USO y APLI, cuyo apartado 5 fue del siguiente tenor: “Externalización. Se contempla la externalización de actividades conforme a los criterios contenidos en el marco de la regulación establecida en el anexo 13 del Convenio Colectivo vigente; en todo caso, la nueva Corporación garantizará que el control de las actividades objeto de externalización residirá en la nueva Corporación, la cual velará por la correcta y adecuada capacitación y solvencia de las empresas suministradoras del servicio.



En ningún caso dicha externalización supondrá la subrogación de empleados desde la Corporación a empresas externas. A los empleados que resultasen excedentes como consecuencia de externalizaciones, se les garantizará su recolocación interna en otras áreas, si fuese posible, facilitándole la formación que para ello fuese necesario, o se les mantendrá en su puesto de trabajo en otro caso.

La Corporación se compromete a incluir como criterio de selección en los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la equiparación de condiciones laborales entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y el personal de la Corporación en las mismas categorías o que desarrollen funciones similares.

Igualmente, la nueva Corporación se compromete a incluir en el pliego de condiciones de los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la subrogación de trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata ... “.

El juez de instancia considera que en el pliego de prescripciones técnicas y condiciones generales de contratación impugnado es nulo, al no incluirse la obligación de la subrogación de los contratos laborales por aplicación del citado Acuerdo de 12 de julio de 2006.

(...) Dicha cuestión, como bien dice la juez “a quo” ha sido ya resuelta por esta Sala en la Sentencia de 27 de febrero de 2015 -recurso de apelación nº. 20/2014-, en la que dijimos lo siguiente: <<...la Jurisdicción laboral que estima que el Acuerdo de 12 de julio de 2006 tiene naturaleza de convenio colectivo, siendo un ejemplo de ello las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2010 -recurso nº. 17/2010- y 4 de junio de 2013 -recurso nº. 58/2012- y las Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 9 de febrero de 2011 y 30 de diciembre de 2011 - recurso nº. 30/2011- y 11 de abril de 2014 -recurso nº. 410/2014-.

En igual sentido, se pronuncia la Sentencia de 22 de noviembre de 2013 -recurso nº. 435/2013- de la Sala de lo Social de esta Audiencia, que tenía por objeto una demanda de conflicto colectivo, mediante la cual se pretendía que se dictara sentencia en la que se



declarara que la conducta de la Corporación RTVE, consistente en no haber incluido en el pliego de condiciones de la licitación ofertada por Expediente RTVE 2013/10029, la cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de mantenimiento en el caso de cambio de titularidad de las contratatas, en la que se dice al respecto: "RTVE defendió que no estaba obligada a introducir en las licitaciones la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de las concesionarias salientes por parte de las entrantes, salvo en los supuestos, en los que concurrieran las exigencias del art. 44 ET, o cuando lo imponga el convenio colectivo, lo que no sucede aquí, por cuanto los acuerdos de 12-07-2006 no tienen propiamente naturaleza de convenio colectivo estatutario, porque ni se registraron, ni se publicaron en el BOE. -La Sala no comparte la postura empresarial, por cuanto el acuerdo antes dicho, como resaltó el TS en su sentencia de 4-06-2013, es asimilable a un convenio colectivo, porque fue suscrito por RTVE y todos los sindicatos presentes en dicha Corporación, tratándose de una manifestación de la negociación colectiva, amparada en el art. 37.1 CE, que vincula a sus negociadores y a sus representados durante toda su vigencia, sin que el art. 85 RDL 3/2011, de 14 de noviembre exija de ninguna manera que el requisito, para que se produzca la subrogación, es que se haya pactado en convenio colectivo estatutario, como se desprende de su simple lectura.

Por consiguiente, probado que en la licitación controvertida la empresa se limitó a incentivar la subcontratación (hecho probado tercero), cuando se comprometió en acuerdo colectivo, cuya vigencia no se ha cuestionado, a incluir en el pliego de condiciones de los concursos públicos o peticiones públicas de ofertas que en el futuro puedan convocarse para la prestación de servicios en la Corporación, la subrogación de trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata, se hace evidente que incumplió el acuerdo, por lo que procede estimar parcialmente la demanda, declarando efectivamente que RTVE incumplió el acuerdo reiterado, en concordancia con la doctrina judicial y la jurisprudencia ya mencionada".

Por otro lado, tal y como se analiza en la Sentencia recurrida del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, arts. 115, 118 y 120, no deriva obstáculo alguno por parte de la normativa que regula la contratación del sector público a que los pliegos de cláusulas



administrativas y de prescripciones técnicas incluyan cláusulas relativas a la subrogación del contratista en las relaciones laborales existentes con las empresas que anteriormente prestaban los servicios objeto de contratación. En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013 -recurso nº. 58/2012-, en relación con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

A lo reseñado tenemos que añadir que en el citado art. 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, prevé que en el caso de la subrogación se facilite a los contratistas la información precisa para que puedan evaluar los costes asociados a tal medida y así formular con pleno conocimiento de las obligaciones que sumen su proposiciones. A este respecto la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013 declara: “El acuerdo de 12 de julio de 2006 no se impone a quienes no lo firmaron, al contrario se impone a los que firmaron, en concreto, a RTVE, que viene obligada a cumplir lo que se comprometió en dicho Acuerdo, es decir, incluir en el pliego de condiciones para la prestación de servicios en la corporación, una cláusula que imponga la subrogación de trabajadores de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata. A las empresas de servicios no se les impone el clausulado del Acuerdo de 12 de julio de 2006, simplemente si acuden al concurso público que, en su caso convoque RTVE, han de respetar la totalidad de las cláusulas generales y particulares y entre estas últimas está la subrogación en los contratos de los trabajadores. La obligación de subrogación de las empresas de servicios que concurran al concurso no deriva del Acuerdo de 12 de julio de 2006, sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, al que libre y voluntariamente se ha presentado, sometándose a las cláusulas del mismo.

Respecto a los trabajadores a los que, en su caso, subrogue la nueva empresa de servicios en el caso de cambio de titularidad de la contrata, la cláusula no impone obligación alguna de aceptar la subrogación ya que dicha obligación de subrogar se impone únicamente a la empresa”>>.

Razonamientos que conllevan la íntegra desestimación del recurso de apelación planteado.”

Por tanto, la SAN impone, so pena de nulidad, la inclusión de tal cláusula de subrogación y de la necesaria información en los pliegos, y valora incluso que ello no es contrario a la



legislación contractual, por lo que hay que estar a lo decidido en tal resolución judicial, cuya doctrina no consta rectificada.

Debe recordarse asimismo que el artículo 130 de la LCSP señala:

“1. 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.

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.”

Y se trata en nuestro caso de una obligación que no consta cumplida.

Dicho artículo se encuadra en la Subsección 2ª de la Sección 1ª, del Capítulo 1, del Título I, del Libro segundo, relativa a la preparación de los contratos.

En cuanto a si la falta de inclusión de la cláusula de subrogación y la omisión de información son subsanables, debe recordarse que el artículo 122.1 de la LCSP dispone que *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato,*



o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.” La omisión que se ha producido en el caso que se examina no puede calificarse como de error material, de hecho, o aritmético, por lo que no cabe la mera rectificación “a posteriori”, como se deriva de la propia sentencia citada. Además de que la SAN ha confirmado que la omisión de la cláusula supone nulidad de los pliegos.

Por supuesto, tal causa de desistimiento concurre solo si se dan las circunstancias que obligan a la inclusión de tal cláusula y de la referida información. Y, en nuestro caso, en la resolución de desistimiento se hace constar que el servicio que se licita se está prestando en la actualidad, existiendo trabajadores respecto de los cuales podría producirse el deber de subrogación en caso de cambio de contrata, cuestión que no se ha discutido de contrario (más bien se asume, al pedirse que sea CRTVE la que se haga cargo de estos gastos).

Por tanto, si, conforme a reiterada doctrina judicial, resulta obligatoria la inclusión de la cláusula de subrogación que nos ocupa, so pena de nulidad de los pliegos y, conforme al propio art., 130 LCSP debe entregarse a todos los licitadores una información que no se ha facilitado; y todo ello atañe a la preparación de los contratos, estamos ante un defecto insubsanable atinente a la preparación de los contratos que justifica, conforme al art. 152.4 LCSP, el desistimiento.

Véase que el propio recurrente no ofrece mejor solución, puesto que alega que no gozó en la licitación de toda la información que le era necesaria y de haberla conocido no hubiera formulado su oferta; y, además, pretende que se adjudique el contrato sin atender a la obligación de subrogación, lo que podría contrariar obligaciones laborales sobre las que no es pertinente que nos pronunciemos.

Y no puede alegarse el principio de actos propios, pues nuestro TS ha establecido la no aplicación de los actos propios si se trata de una actuación reglada (como aquí sucede: necesaria inclusión de tal cláusula en los pliegos conforme a doctrina judicial, y de información sobre subrogación por imposición legal): p ej, STS de 2-4-2014, cas. 1916/2010. *“En cualquier caso, no nos movemos en un ámbito discrecional, que es en el que opera el*



principio de no ir contra los actos propios, sino en un campo estrictamente reglado, en el que la aplicación correcta de la norma no sólo es automático sino obligado por la Administración.” Por ello, tampoco es invocable el principio de confianza legítima, que, además, despliega sus efectos en la previsión legal de la debida indemnización.

En definitiva, el desistimiento estaba justificado en nuestro caso.

Octavo. Por último, y en cuanto a que el desistimiento no incorporó indemnización de gastos, ya dijimos en la Res. 479/2013 y la 1164/2017 que la consecuencia jurídica del desistimiento es la compensación por gastos prevista en la legislación de contratación del sector público, pero *“Ante la falta de previsión en el anuncio y en el pliego, se ha de estar a lo previsto en los principios generales rectores de la responsabilidad patrimonial, lo cual requerirá instar la incoación ante el órgano de contratación y la tramitación por éste del procedimiento que para tal fin regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, previa acreditación de los gastos efectivamente provocados a la licitadora recurrente.”* (Ahora, conforme se regula en la propia Ley 40/2015). Sin que, por tanto, puedan concederse en esta sede ni esta Resolución prejuzgue el resultado de tal reclamación.

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. L. M. R. J., en representación de la UTE EMERGYA, S.L.M., contra el desistimiento de la licitación convocada por CORPORACIÓN RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A, S.M.E para contratar el *“servicio de atención a usuarios (SAU-20)”*, EXPEDIENTE S-01831-2019.

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 58.2 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra 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 segunda 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.