

Ref. SUB/SCC/mvt
Assumpte : Informe 6/2017

INFORME 6/2017, DE 5 DE JULIOL DE 2017. ASUNCIÓN PER L'AJUNTAMENT DEL COST DE SUBROGACIÓ DE TREBALLADORS PER NOVA EMPRESA CONTRACTISTA.

ANTECEDENTS

En data 7 de març de 2017, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Banyeres de Mariola, per mitjà del qual formula consulta del següent tenor literal:

“Assumpte: vist l'article 15.2 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana i es regulen els registres oficials de Contractes i de Contractistes i Empreses Classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, se sol·licita d'aquesta Junta que tinga a bé emetre un informe sobre els següents antecedents:

Després d'adjudicar i formalitzar un contracte de serveis per a la neteja i manteniment de les zones verdes del municipi per import de 55.200€ (IVA exclòs), ens trobem que la nova adjudicatària, en assumir el personal de l'anterior empresa, posa de manifest una sèrie de problemes respecte a la situació del personal esmentat, a saber:

- El cost brut d'un dels treballadors és superior al determinat en els plecs, perquè no estava en situació regular d'acord al conveni de jardineria.
- Un altre dels treballadors està prejubilat, qüestió que tampoc es determina en els plecs, en no especificar el tipus de contracte.

Com a conseqüència, l'adjudicatària ens sol·licita una modificació a l'alça del preu del contracte per valor de 4.235,04€ (IVA exclòs), en concepte de regularització i actualització

salarial d'ambdós treballadors.

Entenem que l'ajuntament, encara que es limitara a reflectir en els plecs la informació proporcionada per l'anterior empresa, ha complit almenys de forma defectuosa amb el deure d'informació que, conforme a l'article 120 del TRLCSP, correspon a l'òrgan de contractació. D'aquesta manera, considerem que el contractista actual no pot assumir les conseqüències d'aqueix compliment defectuós quan es posa de manifest una vegada formalitzat el contracte. Si consideràrem el contrari estaríem, segons el nostre parer, produint un enriquiment injust a favor de l'administració, en obligar el contractista a executar la prestació a canvi d'un preu que el pot fer incórrer en pèrdues no volgudes per ell, sinó produïdes per un incompliment administratiu.

Davant de tal circumstància, les qüestions que es plantegen per a informe d'aquesta Junta són les següents:

- 1.- ¿És possible la modificació a l'alça del referit contracte ateses les limitacions que arreplega el TRLCSP?
- 2.- En cas que no siga possible, quina solució ens recomanen d'adoptar?

S'adjunten els plecs que van servir de base a la licitació així com l'expedient de modificació iniciat.

L'alcalde,
Josep Sempere i Castelló”.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Qüestions generals sobre l'abast de la subrogació en el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic

Les qüestions que planteja l'Ajuntament consultant requerixen, en primer lloc, recordar el que literalment disposa l'article 120 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant TRLCSP).

En efecte, l'esmentat precepte estableix:

“En aquells contractes que imposen a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, l'òrgan de contractació haurà de facilitar als licitadors, en el propi plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la subrogació que resulte



necessària per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà tal mesura. A aquests efectes, l'empresa que efectuara la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats, estarà obligada de proporcionar la referida informació a l'òrgan de contractació, a requeriment seu".

Per a una millor comprensió de tal precepte portem a col·lació la doctrina del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals sobre aquesta qüestió i, com a bon exemple d'aquella, la Resolució 96/2015, de 30 de gener, entre altres que citarem, segons la qual l'article 120 del TRLCSP ha de ser entès de la manera següent:

a) Els plecs que regeixen la licitació o la documentació complementària han d'especificar amb la suficient precisió i exactitud, tots els elements que resulten necessaris per a permetre als licitadors una adequada avaluació dels costos laborals efectius en què incorreran, de resultar adjudicatari del contracte.

b) L'obligació d'informar sobre tals extrems recau en el propi òrgan de contractació, el qual haurà, al seu torn, de demanar-la als actuals adjudicatari. Si existeix, almenys, l'aparença que pot haver-hi obligació de subrogar-se en els termes que determinen l'aplicació de l'article 120 TRLCSP —i sense que això supose prejudicar l'existència i abast de tal obligació de subrogació—, l'òrgan de contractació està obligat a requerir de l'empresa que efectuara la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la possible subrogació. Aquesta informació haurà de constar en el propi plec o en la documentació complementària, sent aconsellable que es faça, igualment, constar que tal informació es facilita en compliment del que preveu el precitat article 120 TRLCSP, i sense que supose prejudicar l'existència i l'abast de l'obligació de subrogació.

c) El Tribunal concreta el contingut i responsabilitat de l'òrgan de contractació de la informació que ha de posar-se a disposició dels licitadors, que serà: *«la informació precisa per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà tal mesura. Certament, la forma de fer-ho que millor s'adapta a allò que s'ha exigít és fer constar, en qualsevol dels documents mencionats, la relació dels treballadors, amb l'especificació de la seua categoria laboral, tipus de contracte, antiguitat i salari percebut per cadascun. No obstant això, la indicació d'algunes d'aquestes dades pot ser omesa si es proporciona als licitadors la informació sobre mitjans necessaris per a obtindre-les».*

d) L'obligació d'informar sobre les condicions del personal a subrogar correspon a l'òrgan de contractació, no podent emparar-se en la falta d'informació proporcionada pels actuals adjudicatari. Efectivament, ha de tindre's en compte que, quan la informació relativa als costos del personal no és correctament subministrada per l'adjudicatari, això suposa una

vulneració del principi de transparència, però també del de no-discriminació, perquè, en aquest cas, l'adjudicatari estarà en una clara situació d'avantatge respecte dels seus competidors, perquè ell sí que té informació puntual sobre la quantia de tals costos, podent tindre-la en compte a l'hora d'elaborar la seua oferta. És, per tant, l'òrgan de contractació el que ha de requerir l'adjudicatari perquè la informació subministrada siga completa i veraç, utilitzant tots els instruments establits en el plec per a exigir el correcte compliment de l'obligació esmentada.

e) Quant a la veracitat de la informació subministrada, *«La veracitat de la informació subministrada per l'adjudicatari actual només pot ser responsabilitat d'aquest, sense que càpia traslladar a l'òrgan de contractació la càrrega de contrastar-la; no obstant això, sí que és tasca de l'òrgan esmentat comprovar que la informació és suficient, i en cas de no ser-ho, requerir l'adjudicatari perquè la complete, podent inclús aplicar les conseqüències previstes en el plec, per al cas que incomplisca l'obligació esmentada, que ve imposada legalment, i això per a evitar l'avantatge competitiu que tindria respecte dels altres licitadors, si la informació no és completa».*

f) En el marc comunitari actual, a més, l'article 120 interpretat a la llum de la Directiva 2014/24/UE, no es limita a preveure un deure d'informació sobre les obligacions laborals, sinó que exigeix als Estats prendre les mesures necessàries per a assegurar-ne el compliment per part dels operadors econòmics. Així, el Projecte de Llei de Contractes del Sector Públic, pel qual s'incorporarà al nostre ordenament jurídic la Directiva citada, en l'article 130, estableix el següent:

«Quan una norma legal o el corresponent Conveni Col·lectiu impose a l'adjudicatari l'obligació de subrogar-se com a ocupador en determinades relacions laborals, els serveis dependents de l'òrgan de contractació hauran de facilitar als licitadors, en el propi plec o en la documentació complementària, la informació sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la subrogació que resulte necessària per a permetre una exacta avaluació dels costos laborals que implicarà tal mesura, havent de fer constar igualment que tal informació es facilita en compliment del que preveu el present article.

A aquests efectes, l'empresa que efectuara la prestació objecte del contracte a adjudicar i que tinga la condició d'ocupadora dels treballadors afectats estarà obligada a proporcionar la referida informació a l'òrgan de contractació, a requeriment d'aquell.

El plec de clàusules administratives particulars contemplarà necessàriament la imposició de penalitats al contractista dins dels límits establits en l'article 190, per al supòsit d'incompliment per aquell de l'obligació prevista en aquest article.



Així mateix, i sense perjudi de l'aplicació, si és el cas, del que estableix l'article 44 del text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, el plec de clàusules administratives particulars contemplarà l'obligació del contractista de respondre dels salaris impagats als treballadors afectats per subrogació, encara en el cas que es resolga el contracte i aquells siguin subrogats pel nou contractista. En aquest cas, l'Administració, una vegada acreditada la falta de pagament dels esmentats salaris, podrà fer la retenció de les quantitats degudes al contractista per a garantir el pagament dels esmentats salaris, i a la no-devolució de la garantia definitiva fins que no se n'acredite l'abonament.»

g) En la Resolució 764/2016 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, de data 30 de setembre de 2016, queda clarament reconegut que, en la contractació administrativa: "(...) la subrogació en contractes de treball es troba reglada per l'Estatut dels Treballadors, i té com a origen la relació laboral existent entre l'ocupador i el treballador, a què és aliena l'Administració contractant. No pot estimar-se que el cost del contracte administratiu haja d'incloure la totalitat del cost que els treballadors subrogats puguin suposar per a l'empresa adjudicatària".

Consideracions sobre la clàusula relativa a la subrogació en el contracte consultat

La clàusula 22 del Plec de clàusules administratives particulars que regeix la licitació estableix:

En particular, el contractista haurà de subrogar-se en els drets i obligacions de l'actual personal que presta el servei d'atenció de jardins i zones verdes, tot respectant l'antiguitat i categoria professional, en les condicions establides per l'article 43 del Conveni col·lectiu estatal de Jardineria (Resolució de 19 de gener de 2016), publicat en el BOE de 02/02/2016, per al període 2015-2016.

Amb aquest fi, es relaciona el personal adscrit al servei facilitat per l'actual contractista:

Nom del treballador	Categoria	% jornada	F/Antig.	Brut anual
H.R.F	PEÓ JARDINER	100%	27/10/2014	15.972,87€
T.A.J.	PEÓ JARDINER	15%	01/06/2009	2.531,28€
A.A.P.	PEÓ	100%	01/06/2009	13.697.90€

Tal informació va haver de ser considerada per l'Ajuntament consultant suficient perquè els licitadors pogueren tindre-la en compte a l'hora de formular les seues ofertes. Amb

més motiu, cap licitador no va sol·licitar més informació durant el procediment. La suficiència de la informació reflectida és palesa per a aquesta Junta, sense que els arguments esgrimits per l'actual adjudicatari la desvirtuen. Així ho avala la Resolució 237/2017, de 3 de març, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la qual respecte de la informació facilitada que el recurrent considera insuficient, com en el cas que ens ocupa, manifesta que: *“Tant del PCAP (clàusula 22a) com del PPT (clàusula 13a), que regeixen la present licitació, resulta clara l'obligació de l'adjudicatari de subrogar-se com a ocupador en les relacions laborals i, a més, s'exposa amb claredat en el document adjunt al PPT, la relació de treballadors sobre els quals ha d'operar la subrogació amb la informació adequada sobre les categories professionals i la seua antiguitat, així com la durada de les seues jornades, per la qual cosa no té viabilitat l'argumentació abocada per la recurrent entorn de l'absència o a la deficiència d'aquesta informació”*.

El contractista es troba en aquests moments en la situació de reincorporació dels treballadors a la seua empresa, i aquelles qüestions que excedeixen del mer àmbit de la contractació administrativa, i que només afecten l'esfera laboral, vol fer-les valdre enfront de l'Administració, denunciant ara insuficiència d'informació en el moment de la licitació.

Però, és més, el contractista pretén l'augment del preu del contracte pel suposat increment del cost que ha d'assumir per la subrogació quan, com hem indicat adés, la subrogació en contractes de treball es troba reglada per l'Estatut dels Treballadors i té com a origen la relació laboral existent entre l'ocupador i el treballador, a què és aliena l'Administració contractant. No pot estimar-se que el cost del contracte administratiu haja d'incloure la totalitat del cost que els treballadors subrogats puguen suposar per a l'empresa adjudicatària.

Per tot això, decau palmàriament l'afirmació de l'Ajuntament consultant de trobar-nos davant d'un supòsit d'enriquiment injust, atès que l'origen de la petició del contractista no s'esdevé d'una prestació requerida per l'ajuntament i no satisfeta, sinó d'una obligació que únicament li correspon a aquell en la seua esfera empresarial, sobre la base de la informació facilitada en el plec de clàusules administratives particulars considerada suficient. En efecte, l'obligació o no de mantindre les condicions dels contractes dels treballadors subrogats, vindrà o no imposada per les disposicions legals i convencionals, o alguna norma legal, però no pel propi plec que en cap cas no pot per si imposar aqueixa mesura, per tindre un contingut estrictament laboral, de manera que l'òrgan de contractació el que ha de fer és consignar en el Plec o en la documentació complementària la informació *“sobre les condicions dels contractes dels treballadors a qui afecte la subrogació que resulte necessària per a permetre l'avaluació dels costos laborals que implicarà tal mesura”* (Resolució 237/2017, de 3 de març del Tribunal Administratiu



Central de Recursos Contractuals).

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem de data 23 de març de 2015, exposa la doctrina de l'enriquiment injust: La seua finalitat és corregir situacions de total desequilibri, que originen uns efectes, sense causa, d'enriquiment i empobriment, sent necessari que: a) s'hagen produït prestacions pel particular, b) no es deguen a la seua iniciativa pròpia, c) no revelen voluntat maliciosa; i d) tinguen el seu origen en fets dimanants de l'Administració, que hagen generat raonablement la creença que havia de col·laborar amb la dita Administració. L'enriquiment sense causa ve a corregir situacions de total desequilibri, en relacions que, mancades de vestidura jurídica, han existit materialment produint beneficis concrets en una de les parts, a costa de l'altra. Amb això, s'originen uns efectes sense causa -enriquiment de l'Administració i empobriment del prestador-, en no vindre protegits per les formes exigides en el règim administratiu.

Per tant, sobre la base de la doctrina de l'enriquiment injust, en cap cas no pot ser acceptada la petició del contractista de l'augment del contracte per mitjà de modificació a l'alça del preu del contracte per valor de 4.235,04 € (IVA exclòs), en concepte de regularització i actualització salarial d'ambdós treballadors. Com tampoc no és admissible la revisió d'ofici que es proposa en l'informe que s'adjunta al expedient de modificació atès que no hi ha cap fet invalidant pel qual siga necessari formular-la.

CONCLUSIONS

Primera.- La subrogació en contractes de treball es troba regulada per l'Estatut dels Treballadors i té com a origen la relació laboral existent entre l'ocupador i el treballador, a què és aliena l'Administració contractant. No pot exigir-se que el cost del contracte administratiu haja d'incloure la totalitat del cost que els treballadors subrogats puguen suposar per a l'empresa adjudicatària.

Segona.- La informació facilitada en el plec de clàusules administratives particulars es considera suficient perquè fóra tinguda en compte pels licitadors al moment de formular les seues ofertes, per la qual cosa la modificació a l'alça que sol·licita el contractista no ha de ser assumida per l'Administració contractant, en ser una qüestió purament de l'esfera laboral que no es troba en cap dels supòsits del TRLCSP que permetrien la modificació del contracte.

Tercera.- No és admissible la consideració de l'Ajuntament sobre l'existència d'enriquiment injust, atès que no es donen els requisits establits en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem sobre aquesta circumstància. L'obligació de subrogació ve imposada pel corresponent conveni col·lectiu estatal. Tampoc no n'escau, en cap cas, la revisió d'ofici ja

que no hi ha cap fet invalidant pel qual siga necessària o la justifique.

El present Informe s'emeta a l'empareda del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar-ne la decisió en aquest darrer cas.

Vist i plau, el president
(Per substitució art. 1 .a)
Ordre d'11 de juny de 2001
DOGV de 17/07/2001),
la vicepresidenta,

La secretària,

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 5 de juliol de 2017