

Recurso 213/2021

Resolución 442/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 5 de noviembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Concesión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio en el Municipio de Almería”, promovido por el Ayuntamiento de Almería (Expte. C-18/21), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de abril de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio se publicó el 11 de abril de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados a través del citado perfil al día siguiente.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 24.566.741,6 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 30 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro general del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por CSIF contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la citada contratación.



El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal el escrito de recurso y la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han formulado en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación

Procede analizar si el sindicato recurrente ostenta legitimación conforme al artículo 48 de la LCSP para la interposición del recurso.

Con carácter previo, procede analizar si la persona que suscribe el recurso ostenta facultades de representación para hacerlo en nombre del sindicato, extremo que es cuestionado por el órgano de contratación en su informe. Al respecto, una vez examinada la documentación que se adjunta al recurso, se estima que sí resulta acreditada la representación; pues, además de la escritura de poder otorgada el 14 de diciembre de 2015 a favor de la persona que suscribe el recurso en su calidad de Presidente de la Unión Provincial de Almería para interponer todo tipo de recursos y reclamaciones, consta certificado emitido el 26 de abril de 2021 por el Secretario General de CSIF de Almería en el que se hace constar que la Comisión Gestora de la Unión Provincial de CSIF Almería -en su reunión de 22 de abril- acordó autorizar la interposición del presente recurso. En el citado certificado consta, asimismo, que quien suscribe el presente escrito de impugnación sigue ostentando el cargo de presidente de CSIF Almería.

Por otro lado, en cuanto a la legitimación del sindicato para la interposición del recurso, el artículo 48 de la LCSP dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*



Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

En el supuesto analizado, CSIF impugna la cláusula del PCAP relativa a la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, solicitando su sustitución por otra que establezca la procedencia de la subrogación o al menos que no se pronuncie expresamente sobre su improcedencia. Desde esta perspectiva y acudiendo a una interpretación amplia del concepto de legitimación consagrado en el artículo 48 de la LCSP respecto de los sindicatos, no cabe negar a priori legitimación a CSIF pues, sin prejuzgar el fondo de la cuestión suscitada, una eventual e hipotética estimación de su pretensión permitiría asegurar el cumplimiento por parte del nuevo concesionario de sus obligaciones laborales respecto de los trabajadores que pudieran participar en la ejecución del contrato.

El órgano de contratación niega legitimación al sindicato sobre la base de que la subrogación es independiente de lo que se resuelva en el recurso y no depende de la decisión del órgano de contratación sino de la Jurisdicción social. Tal alegato no puede prosperar pues, al margen de cuestiones competenciales en la resolución del fondo del asunto, la pretensión de CSIF -en los términos que se formula y con independencia de la suerte que deba correr- va dirigida a amparar los derechos de los trabajadores adscritos a la actual concesión de servicios en la ejecución del nuevo contrato.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el PCAP rector de un contrato calificado como concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso contra el PCAP al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio



de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 11 de abril de 2021 y los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil el 12 de abril. Por tanto, el recurso presentado en el registro general del órgano de contratación el 30 de abril de 2021 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Motivos del recurso y alegaciones del órgano de contratación.

La recurrente solicita que sea sustituida la cláusula sobre subrogación del personal adscrito actualmente a los servicios por otra que establezca que sí procede la subrogación del mismo por ministerio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o *“para el supuesto negado de no optar el Ayuntamiento de Almería por esa redacción, que se le dé otra en la que no se establezca de forma expresa la improcedencia de la subrogación, incluyéndose en cualquier caso las trabajadoras adscritas a la limpieza de las instalaciones”*.

CSIF impugna la cláusula 32.2 del PCAP cuyo tenor es el siguiente:

“Información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo.

No existe Convenio del Sector de Pompas Fúnebres aprobado para su aplicación en la provincia de Almería, ni Convenio Supraprovincial aplicable a la actividad de Servicios Funerarios, rigiéndose los trabajadores de este sector por lo establecido en su correspondiente Convenio de Empresa.

De conformidad con la información facilitada por la empresa que actualmente presta los servicios objeto de la presente concesión, la mercantil ASV FUNESER, S.L.U. , en la actualidad los trabajadores se rigen por el II Convenio Colectivo del Grupo ASV Servicios Funerarios publicado en el BOE N.º 169 de 17 de junio de 2020 que carece de eficacia general.

Por todo ello, los Pliegos no pueden imponer la subrogación laboral de los trabajadores adscritos en la actualidad al contrato de concesión de servicios de Cementerios, Tanatorio y Crematorio en el municipio de Almería en el presente caso, pues la misma quedará condicionada a lo que establezca el correspondiente Convenio Colectivo aplicable, no existiendo actualmente Convenio del Sector de Pompas Fúnebres aprobado para su aplicación en la



provincia de Almería o Convenio Supraprovincial aplicable a la actividad de Servicios Funerarios, sino que los trabajadores se rigen por su propio Convenio de Empresa”.

El contenido de la citada cláusula se reitera en el apartado 45 del Anexo I “*Características del contrato*” del PCAP.

El Sindicato recurrente expone que el servicio es atendido en la actualidad por 20 trabajadores: 11 trabajadores contratados por la concesionaria saliente que tienen un convenio colectivo de empresa y 9 contratados por una empresa subcontratista que no les aplica su convenio colectivo de empresa sino el Estatuto de los Trabajadores. Alega que, de esos 9 trabajadores, hay personal administrativo que trabaja en las dependencias del tanatorio con los medios y bajo las órdenes directas de la empresa concesionaria. A su vez, manifiesta que *«Fuera de los documentos contractuales prestan servicio en las instalaciones dos limpiadoras fijas en turnos de mañana y tarde y otras dos que asisten de refuerzo en función de las necesidades y de la ocupación de las salas de servicios funerarios (Tanatorio). Este servicio de limpieza se lleva a cabo por la Empresa EULEN subcontratada para este servicio por la actual concesionaria ...(ASV FUNESER S.L.U.). Este personal de limpieza se rige por el Convenio Colectivo Provincial de Trabajo de Empresas de Limpieza de Edificios y Locales para los años 2016-2020 (...) cuyo capítulo VII ABSORCIÓN DE PERSONAL contempla en su artículo 26 la Subrogación del Personal. Este personal no aparece, salvo error u omisión, en los pliegos reguladores de la contratación. Dicha omisión podría suponer una alteración en la evaluación por las empresas licitadoras para la presentación de ofertas, vulnerándose de esta forma el principio de transparencia (...).*

(...) la Sala de lo Social del TSJ-A, con sede en Granada, (...) dictó la sentencia nº676/2011 (rec. 225/2011) en un supuesto de despido de un trabajador adscrito al servicio de cementerio del Ayuntamiento de Almería, en la que era codemandada la actual empresa concesionaria saliente (...). En la que se dice(...) “... que existe una sucesión de empresas es evidente(...)”»

Con base en los anteriores hechos, el sindicato recurrente esgrime los siguientes argumentos:

1. El órgano de contratación se pronuncia expresamente en el PCAP sobre la improcedencia de la subrogación de los trabajadores adscritos a los servicios de cementerios y tanatorio-crematorio objeto de la nueva concesión, siendo aquel conocedor de que *“para el TSJA existe una sucesión de empresas, dado que para este caso concreto se reúnen todos los requisitos del art. 44 del ET”.*
2. El órgano de contratación podría haber optado entre acoger la obligación de subrogación en los pliegos o, al menos, pronunciarse de forma neutra haciendo una remisión a la legislación laboral. No debió declarar explícitamente que no procede la subrogación cuando tenía conocimiento de la reiterada sentencia sobre aplicabilidad a este contrato de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.



3. El órgano de contratación vulnera el principio de transparencia al declarar la improcedencia de la subrogación y no informar a las empresas licitadoras de todo el personal adscrito a los servicios objeto de concesión, lo que puede conllevar errores en el cálculo de costes a la hora de preparar sus ofertas.

Frente a los alegatos del recurso se alza el órgano de contratación en su informe esgrimiendo, en síntesis, que la cláusula impugnada no contiene pronunciamiento expreso sobre si procede o no la subrogación porque no es cometido del pliego imponer la misma. Asimismo, sostiene que, pese a recoger el PCAP información sobre la inexistencia de convenio colectivo que contemplase la subrogación, se publicó en el perfil -entre otra documentación- relación nominal del personal contratado por la concesionaria anterior con los datos relativos a convenio colectivo aplicable, categoría, tipo de contrato, jornada, antigüedad y otros.

Por último, el órgano de contratación aduce que no es cometido del PCAP determinar si hay subrogación del personal en virtud de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) y que el artículo 130 de la LCSP no obliga a informar sobre trabajadores que presten sus servicios para empresas subcontratadas por el contratista.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de iniciar su examen. En última instancia, la pretensión del sindicato recurrente es que la cláusula 32.2 del PCAP relativa a la *“Información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo”* y donde se indica, en lo que aquí interesa, que los pliegos no pueden imponer la subrogación laboral de los trabajadores adscritos en la actualidad a la concesión, sea anulada y sustituida por otra en la que se exprese la procedencia de la subrogación o al menos no se indique expresamente que la misma no procede.

Para resolver la cuestión suscitada, hemos de partir de la doctrina sobre el particular sentada por este Tribunal y el resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Así, en nuestra Resolución 211/2018, de 6 de julio, señalábamos que *“Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que los pliegos regulan las relaciones de las entidades licitadoras, y a la postre adjudicatarias, con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores y trabajadoras; los pliegos de contratación tienen un carácter contractual, es decir, están llamados únicamente a definir la relación entre las partes: la Administración y la entidad adjudicataria, y en ningún caso excluyen la aplicación de cualesquiera normativas sectoriales que pudieran imponer otro tipo de obligaciones a cada una de ambas partes, que en ningún caso quedarían eximidas de su cumplimiento.”*



Por lo tanto, el hecho de que no se especifique, en los pliegos o en la documentación por la que se ha de regir el contrato, que se aplique un convenio colectivo o acuerdo determinado no impide que este sea de aplicación”.

Asimismo, la Resolución 182/2021, de 26 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que *“En este sentido, debe recordarse que, como ha venido señalando este Tribunal (en resoluciones citadas por el recurso, entre otras), la obligación de subrogación es una cuestión de Derecho Laboral sobre la que el órgano de contratación no tiene competencia alguna. Únicamente está obligado a informar de ello en los pliegos conforme al art. 130 LCSP, pero no pueden establecerla los pliegos, siendo su existencia independiente de los mismos. Por tanto, como se ha dicho, la estimación del recurso nada cambiaría sobre la cuestión de la subrogación: si esta procede conforme al Derecho Laboral, habrá de producirse, y si no; con independencia de lo que se diga en los pliegos y del resultado del recurso.”.*

En el supuesto analizado, la cláusula impugnada no establece que no proceda la subrogación, como manifiesta el sindicato recurrente; solo señala que *“los Pliegos no pueden imponer la subrogación laboral de los trabajadores adscritos en la actualidad al contrato de concesión”* que es algo muy distinto. El hecho de que los pliegos no impongan la subrogación deja totalmente a salvo que esta pueda operar por otras vías distintas a la del convenio colectivo, como pudiera ser la del artículo 44 del ET sobre *“La sucesión de empresa”*. Es decir, la declaración del pliego es baladí en cuanto al hecho futuro de una eventual subrogación; pues la misma se producirá o no con independencia de lo que diga el pliego y, en atención a lo establecido en las normas laborales, siendo la Jurisdicción social -y no la vía del recurso especial- la competente para solventar eventuales controversias futuras que pudieran suscitarse sobre la subrogación de los trabajadores actualmente adscritos a la concesión.

Concluyendo, pues, la pretensión del sindicato consistente en que la cláusula impugnada sea sustituida por otra que declare la procedencia de la subrogación por ministerio del artículo 44 del ET no puede prosperar, pues ello implicaría que este Tribunal tuviese que analizar la legislación laboral y decidir sobre cuestiones que escapan de su ámbito, invadiendo el de las relaciones entre empresario y sus trabajadores, siendo la jurisdicción laboral la única competente para abordar las controversias suscitadas en el marco de dichas relaciones.

Asimismo, tampoco puede prosperar la pretensión subsidiaria del recurso consistente en que *“para el supuesto negado de no optar el Ayuntamiento de Almería por esa redacción, que se le dé otra en la que no se establezca de forma expresa la improcedencia de la subrogación, incluyéndose en cualquier caso las trabajadoras adscritas a la limpieza de las instalaciones”*. Al respecto, como antes argumentamos, el PCAP no establece expresamente la improcedencia de la subrogación sino que esta no puede imponerse a través del mismo; y en lo que se refiere a la inclusión, en todo caso, como subrogadas de las personas trabajadoras adscritas a la limpieza de las instalaciones, ha de reiterarse que ello constituye una cuestión propiamente de Derecho laboral que afecta a las



relaciones laborales de empresario y trabajadores sobre la que el órgano de contratación no tiene que pronunciarse en los pliegos, ni este Tribunal en la presente resolución.

Llegados a este punto, lo más que podría analizarse es, si con independencia del debate jurídico sobre la subrogación laboral que habría de dirimirse en última instancia en otra sede distinta a la del recurso especial, el órgano de contratación debería en cualquier caso haber informado sobre las condiciones laborales de los trabajadores que prestan sus servicios en la concesión actual. En tal sentido, CSIF esgrime que se ha vulnerado el principio de transparencia al no informar a las empresas licitadoras de todo el personal adscrito a los servicios objeto de concesión, lo que puede conllevar errores en el cálculo de costes a la hora de preparar sus ofertas.

Tal alegato excede, en puridad, del ámbito de legitimación reconocido al sindicato, a quien compete promover argumentos en defensa de los trabajadores que puedan participar en la ejecución del contrato (artículo 48 de la LCSP) y no de los potenciales licitadores que pudieran verse perjudicados a la hora de elaborar sus ofertas. Es más, el artículo 130 de la LCSP relativo a la *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”* va dirigido a que los empresarios interesados en la licitación conozcan el impacto que puedan tener los costes laborales del contrato a la hora de preparar sus ofertas. Así, el artículo 130.1 del texto legal dispone que *“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 .”* (El subrayado es nuestro).

En cualquier caso, en el supuesto analizado, esa información a la que se refiere el precepto legal fue facilitada por el órgano de contratación y, si bien no lo hizo en el PCAP, sí la difundió junto a este a través de su publicación en el perfil de contratante el mismo día.

Así, en el informe al recurso se indica que *“(...) además de recoger en el PCAP la información sobre la no existencia de convenio colectivo aplicable en el que se contemplara la subrogación, el órgano de contratación facilitó a los potenciales licitadores mediante publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público la siguiente documentación:*

- Escrito de la empresa ASV FUNESER presentado en el Registro General del Ayuntamiento de Almería el 9/11/20, el convenio colectivo aplicable y la relación de personal contratado por la citada empresa.*
- Publicación en BOE II Convenio colectivo del Grupo ASV.*



– Relación nominal del personal contratado por ASV FUNESER en la que figuraban los siguientes datos: Convenio colectivo aplicable, Categoría, ID contrato legal, Tipo de contrato, % jornada, % Reducción G. Legal, fecha de antigüedad, vencimiento contrato, salario bruto anual y cuantía objetivos”.

En efecto, consta en el expediente remitido al Tribunal que el órgano de contratación solicitó a la actual entidad concesionaria relación nominal del personal contratado con indicación de los datos antes mencionados. Asimismo, este Tribunal ha comprobado la publicación en el perfil de contratante de un documento denominado “*Relación costes personal*” donde se contienen los siguientes datos: empleados de la actual adjudicataria, convenio colectivo de aplicación, categoría, puesto de trabajo, tipo de contrato, jornada, antigüedad, vencimiento del contrato y salario bruto anual entre otros.

Se aprecia, pues, que materialmente el órgano de contratación ha cumplido con la obligación de información a que se refiere el artículo 130.1 de la LCSP, habiendo dado publicidad a la misma a través del perfil. El hecho de que no la haya incluido en el propio pliego, sino en documento aparte publicado junto al mismo, debe entenderse suficiente en el presente caso a los efectos pretendidos por el precepto legal, sin que por lo demás tal extremo concreto haya sido objeto de impugnación.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe desestimarse.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSIF)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Concesión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio en el Municipio de Almería”, promovido por el Ayuntamiento de Almería (Expte. C-18/21)

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

