

Informe 1/2016, de 25 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incidencia de la huelga realizada por los trabajadores en el régimen de pagos de un contrato de servicios. Información sobre las obligaciones de subrogación en las relaciones laborales del anterior contratista.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento Zaragoza se dirige, con fecha 10 de diciembre de 2015, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«El Gobierno de Zaragoza en sesión celebrada el día 4 de diciembre de 2015, ha adoptado el acuerdo de dirigirse a la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, en atención a lo expresado en el artículo 6 del Reglamento, a los efectos de que emita dictamen sobre las siguientes cuestiones todas ellas atinentes al contrato de servicios de conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes (sector I):

- *“si los excesos de tareas o trabajos realizados por la empresa adjudicataria, que no hayan sido acordados o requeridos por el ayuntamiento, deben ser abonados o no, y sobre si deben ser abonados en concepto de canon o valoración”.*
- *“conocer el dictamen de la Junta Consultiva sobre cuál es la fórmula legal para contemplar en las certificaciones correspondientes a periodos de paros parciales y huelga teniendo en cuenta el número de unidades anuales de la mayor parte de los programas del anexo 10 del contrato”.*
- *“sobre cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal en el proceso concursal y sobre si los trabajos del apartado de “valoración” pueden ser realizados por trabajadores no adscritos al contrato”».*

Al escrito se acompaña copia del expediente a que se refiere la solicitud de informe.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de febrero de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y competencia de ésta.

En primer lugar, el Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

En cuanto a la competencia de la Junta respecto al informe solicitado, el citado Decreto 81/2006, configura a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón como el órgano consultivo que debe resolver consultas de carácter general en relación con la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública (artículo 3.1 y 2 del mismo). Por ello, la Junta no puede entrar a valorar expedientes concretos de contratación, ni suplir, por vía de informe, la competencia concreta de órganos específicos, principalmente, en este caso, los servicios jurídicos y la Intervención General del Ayuntamiento de Zaragoza.

La consulta planteada por el Alcalde de Zaragoza, tiene por objeto conocer el criterio de esta Junta Consultiva acerca de varias cuestiones relacionadas con un concreto contrato de servicios —servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes— algunas de las cuales admiten que esta Junta se pronuncie sobre ellas con carácter general, atendiendo al interés que presentan.

La primera de las cuestiones sobre las que se solicita informe se refiere a un aspecto muy específico del contrato sobre el que se basa la petición. En este contrato de servicios, la determinación del precio se realiza utilizando una combinación de los sistemas de determinación de precio a tanto alzado y por precios unitarios —fórmula que es conforme a lo dispuesto en el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)—, de forma que en las certificaciones mensuales se recoge «*una doceava parte del precio fijo y la parte ejecutada del variable*». Las prestaciones variables que se facturan por precios unitarios son ordenadas por la unidad responsable del contrato, conforme a lo previsto en los pliegos que rigen éste. El Ayuntamiento de Zaragoza entiende que el adjudicatario ha ejecutado prestaciones que no le han sido requeridas, y pregunta si deben ser abonadas y por qué concepto. Se trata de un problema que debe resolverse con la aplicación de los pliegos específicos del contrato, que requiere un análisis detallado de los hechos alegados por ambas partes, y por lo tanto no admite que esta Junta se pronuncie al respecto.

La misma consideración merece la cuestión final, sobre si los trabajos del apartado «*valoración*» pueden ser realizados por trabajadores no adscritos al contrato, al tratarse de incidencias en la ejecución de éste de las que no pueden extraerse consideraciones de carácter general.

Sí admiten un pronunciamiento general las otras dos cuestiones planteadas: cómo afecta a la ejecución del contrato, y específicamente a los pagos, la realización de paros parciales y jornadas de huelga por los trabajadores adscritos al servicio; y las consecuencias de que la información recogida en la documentación de la licitación de un contrato, sobre los trabajadores respecto de los que existe obligación de subrogación, contenga datos que no sean correctos.

II. Consecuencias de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato, específicamente en el régimen de pagos.

En todo contrato administrativo se derivan obligaciones para ambas partes, Administración y contratista. Fundamentalmente al contratista le corresponde realizar las prestaciones objeto del contrato y a la Administración abonar el precio pactado. La inobservancia o defectuoso cumplimiento de estas obligaciones determinan, a priori, un incumplimiento contractual.

Sin embargo, el supuesto en el que la falta de prestación del servicio se debe a los paros y jornadas de huelga llevados a cabo por los trabajadores de la empresa adjudicataria, no puede constituir un incumplimiento contractual, pues como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009, la falta de cumplimiento no es imputable al contratista, sino a los trabajadores. Y por otra parte, la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente, y siempre que se ejercite dentro de los cauces legalmente establecidos, no puede derivarse una acción de responsabilidad contra los trabajadores.

Aunque no exista incumplimiento contractual por el contratista, hay que tener en cuenta que el artículo 215 TRLCSP consagra el principio de riesgo y ventura del contratista, al establecer:

«La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de celebración entre el sector público y el sector privado».

Y aunque este principio tiene excepciones, las consecuencias de la huelga no deben de ser soportadas por la Administración contratante sino por el contratista, ya que debe considerarse como un riesgo normal de la actividad empresarial.

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, entre otras las de 21 de enero de 1983, y 20 de junio de 1988, considera que la huelga —siempre que se haya desenvuelto ordenadamente y se hayan cumplido los servicios mínimos fijados por la autoridad competente— es propia del giro de la empresa. La huelga no es un

supuesto de fuerza mayor a los efectos de exceptuar la aplicación del principio de riesgo y ventura en el cumplimiento del contrato, sino que se trata de un suceso normal con el que deben contar las empresas, adoptando las medidas de previsión oportunas. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, como el 14/2010, de 11 de marzo.

Por ello, la Administración contratante no está obligada al pago de los servicios dejados de realizar, sino que es el contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de la huelga, dejando de percibir las cantidades correspondientes a los servicios no prestados, así como los derivados del establecimiento de los servicios mínimos, si han tenido que cubrirse por la Administración.

La consideración de la huelga como perteneciente al aleas del riesgo empresarial lleva incluso a considerar que no impide la aplicación de la resolución del contrato (Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 250/2012, de 30 de mayo de 2012).

Entrando en el método de cálculo de las cantidades que deben detrarse de los pagos al contratista como consecuencia de la huelga, la primera consideración es que habrá que estar a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas, en caso de que haya una previsión específica. De no ser así, será al órgano de contratación al que le corresponda valorar las deducciones derivadas de la falta de prestación del servicio, atendiendo a las condiciones del mismo.

La Junta Consultiva del Estado en el Informe antes citado, referido a un contrato de gestión de servicio público de recogida de basuras, considera que la Administración no está obligada a pagar la parte correspondiente a los salarios que no ha satisfecho el contratista, pero sí a abonar el importe de los gastos generales imputables a la prestación del servicio. Y basa su criterio en la interdicción del enriquecimiento injusto, por lo que entiende que en los pagos habrá que deducir *«el importe de los gastos que el empresario hubiera dejado de soportar por aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga»*, porque de otra manera habría un enriquecimiento injusto para el contratista.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente aplica un criterio más amplio, que atiende a las características de cada contrato. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 51/2012, de 9 de febrero, relativa a un contrato de gestión de servicio público de estacionamiento regulado en las vías públicas, confirma la sentencia de instancia que considera que aunque en la prestación del servicio no solo existen costes de personal para el adjudicatario —sino que hay amortización de parquímetros y de equipos informáticos, gastos financieros, costes varios, gastos generales y beneficio industrial— y que con motivo de la huelga, el único coste que no soportó la empresa adjudicataria fueron los costes de personal, queda acreditado que durante la huelga se produjo un cese total de servicio y que aunque existen una serie de prestaciones accesorias o instrumentales que facilitan o completan las prestaciones principales, en ningún caso pueden considerarse desligadas o independientes. El Tribunal concluye que corresponde detracer completa la contraprestación del servicio por los días de huelga.

Por tanto, en los supuestos de paros parciales y huelga de los trabajadores adscritos al contrato, la Administración debe deducir de los pagos las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar por el contratista. En todo caso, será necesario que el órgano de contratación tramite el oportuno procedimiento administrativo, tal y como exige el artículo 211 TRLCSP, y que si existe oposición del contratista de solicite el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Aragón (Dictamen del Consejo de Estado 14/2010, de 11 de marzo).

III. Información sobre las obligaciones de subrogación del personal en la fase de licitación del contrato, contenido y alcance.

Ninguna duda hay en la actualidad sobre la obligación de informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público.

Aunque la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/1999, de 30 de junio, entendía que: «...*la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta*

de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares». Sin embargo, este criterio tuvo que ser matizado y la misma Junta en el Informe 33/2002, de 23 de octubre, señaló: «la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propias relativas a la prestación en si, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley».

Posteriormente, el artículo 120 TRLCSP, dio rango legal a la necesidad de que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo:

«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».

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión, indicando que:

- a) Los pliegos que rigen la licitación, o la documentación complementaria, deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.
- b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP —y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

«la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada un o de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos».

Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el Tribunal dice que:

«La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación».

Y concluye:

«...a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa».

III. CONCLUSIONES

- I. Las consecuencias económicas de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato de servicios corresponde soportarlas al contratista. La Administración detraerá las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar, previa tramitación de un expediente conforme al artículo 211 TRLCSP.
- II. La obligación de informar sobre los costes laborales de la subrogación recae en el órgano de contratación, quien deberá recabarla de los actuales adjudicatarios. La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario sólo puede ser responsabilidad de éste, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla. Sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente.
- III. El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de suministrar esta información puede dar lugar a aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el incumplimiento del contrato.

Informe 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de febrero de 2016.