

Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consecuencias de la alteración de un acuerdo marco por crisis económica. Subrogación de trabajadores.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón, se dirige a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 16 de enero de 2012, al que acompaña un escrito de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización en el que solicita informe sobre determinadas cuestiones relativas al Acuerdo Marco de homologación de los servicios de limpieza ecológica y retirada selectiva de residuos de los Edificios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus Organismos Autónomos y Entes Públicos Adheridos, del siguiente tenor literal:

«Con fecha 10 de junio y 25 de agosto de 2011 se adjudicaron los Acuerdos Marco de homologación del servicio de limpieza ecológica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Organismos Autónomos, para Zaragoza capital y provincia y para Huesca capital y provincia y Teruel capital y provincia respectivamente.

La contratación concreta de los mencionados servicios se lleva a cabo a través del Sistema de Gestión Electrónica del Catálogo de bienes y servicios homologados por las unidades peticionarias habilitadas al efecto, mediante la petición de oferta a todas las empresas homologadas de acuerdo con un presupuesto máximo de licitación fijado por el correspondiente órgano de contratación.

En la cláusula 3.3 y 2 del apartado IV Contratos derivados del Acuerdo Marco de los respectivos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en adelante PCAP, que rigen la contratación, se establece que:

“En caso de que un determinado servicio no reciba ofertas de las empresas por no estar éstas interesadas en su prestación, la Administración podrá concertar el servicio de forma obligatoria con las empresas a los precios unitarios máximos homologados. Por parte de la Dirección General de Organización, Inspección y Servicios (actualmente Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización) se establecerá un turno de oficio por lote entre las empresas homologadas para cubrir dichos servicios por orden de mayor a menor puntuación obtenida en la clasificación resultante del Acuerdo marco, siempre que haya sido adjudicatario de un contrato derivado del presente Acuerdo Marco”.

El Plan de racionalización del gasto corriente del Gobierno de Aragón de 13 de septiembre de 201, cuyo objetivo es la utilización eficiente de los fondos públicos y la contención del gasto, y cuya pretensión es lograr un importante ahorro económico, ha llevado a que las unidades peticionarias de los servicios de limpieza para los correspondientes inmuebles, reduzcan drásticamente, en algunos casos hasta en un 75% las horas de limpieza diarias, lo que ha dado como resultado el que las empresas homologadas no presenten ofertas al tener que subrogarse, de acuerdo con la cláusula 4 del apartado III Derechos y obligaciones de las partes del PCAP, como empleadores de los trabajadores adscritos al servicio de limpieza, en el caso de que la empresa en la que venían prestando sus servicios cese en la adjudicación de los servicios contratados, conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales.

De acuerdo con lo anterior, al no recibir ofertas los servicios solicitados, el Servicio de Contratación Centralizada de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, tiene que proceder a la designación de la empresa que de acuerdo al turno de oficio establecido le corresponde asumir el servicio, lo que plantea si es correcta esta aplicación al no existir una equivalencia entre el contrato anterior y el que se pretende realizar, ya que la empresa obligada se ve avocada a asumir una plantilla muy superior a la necesaria para la realización del servicio.

Por todo ello se cree necesario efectuar consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, como órgano consultivo en materia de contratación pública, sobre las siguientes cuestiones:

- 1.- Si es factible modificar unilateralmente las condiciones del servicio de limpieza teniendo en cuenta las repercusiones que tales decisiones tienen al existir la subrogación obligatoria de la plantilla.*
- 2.- Si, realizadas éstas y no habiendo recibido ofertas, es correcta la designación obligatoria de una empresa con la imposición de esta carga inicial.*
- 3.- Si en virtud de las modificaciones fuera necesario reducir la plantilla de los trabajadores de la limpieza ¿a quién le correspondería el pago de las indemnizaciones por despido, a la empresa entrante, a la saliente o a la Administración?».*

De las cuestiones planteadas parece inferirse que lo que se consulta es si en un nuevo contrato derivado con menos horas de limpieza —como consecuencia de las nuevas necesidades presupuestarias— resulta de aplicación la cláusula de subrogación de personal vigente en este acuerdo marco (porque el convenio de limpieza obliga a suceder el personal en este sector) y si, por tanto, las empresas invitadas a la licitación (todas las del acuerdo marco) quedan vinculadas, en ausencia de ofertas, a la aplicación de la cláusula residual que recoge el acuerdo marco que prevé un turno rotatorio para el caso en que quede desierto un contrato derivado.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 7 de marzo de 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

La Secretaría General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón, es órgano legitimado para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 1 a) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, anteriormente citado. En todo caso, la tercera cuestión formulada, relativa a quien debe satisfacer la

indemnización por despido de los trabajadores, en tanto cuestión laboral, excede de sus funciones consultivas en materia de contratación pública, por lo que no se emitirá pronunciamiento.

II. Alteración del contrato y subrogación.

La obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad. Así lo recuerda la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 23 febrero de 2011, afirmando que:

«La subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas, que no deben hacer referencia a la subrogación ni como obligación ni como condición que otorga puntos para la adjudicación, y sin perjuicio de que esa subrogación se produzca en los casos establecidos por la Ley o acordados en correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público ("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" ».

La cuestión planteada surge de la reflexión de qué consecuencias debe tener una alteración «a la baja» de las necesidades a cubrir por un contrato público, cuando por aplicación de convenio colectivo el pliego ha incorporado la obligación de subrogación de los trabajadores previos. Obviamente, es el poder adjudicador el que debe decidir cual es el objeto de la prestación que necesita,

atendiendo, por supuesto, a la preceptiva disponibilidad presupuestaria. Desde esta lógica resulta evidente que cualquier poder adjudicador puede ajustar ese concreto objeto a sus necesidades actuales. La cuestión a resolver es si está obligado a mantener las obligaciones laborales previas y, si pese a la reducción de la actividad, debe mantenerse el personal laboral previo y subrogarse en la plantilla del nuevo empleador, en aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2001/23 —que codifica la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977— sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, en virtud de lo dictaminado por el TJUE en sus Sentencias de 26 de septiembre de 2000, Asunto Mayeur, C-175/99, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, Asunto UGT-FSP, C-151/09, apartado 23.

Y al respecto resulta de especial interés la STJUE de 2011, Asunto C-463/09, Clece, cuestión prejudicial sobre un contrato público celebrado en España (Ayuntamiento de Cobisa). En esta sentencia —cuya doctrina se aplica lógicamente en la Sentencia núm. 273/2011 de 8 marzo Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), solicitante de la referida cuestión prejudicial— se afirma que para que pueda exigirse esta obligación de subrogación la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Y entiende el Tribunal *«que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea»*.

Y en el supuesto concreto —un contrato de limpieza asumido por el Ayuntamiento de Cobisa—, el Tribunal declara que:

«40 A este respecto, del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales.

41 Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Sützen, apartado 15; Hernández Vidal y otros, apartado 30, e Hidalgo y otros, apartado 30). En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

42 De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23».

De la doctrina expuesta se deduce que en el caso sometido a informe concurren los requisitos exigidos para entender que no existe esa misma entidad económica, máxime cuando hay una importante reducción del objeto de la prestación, por lo que no resultaría exigible esa obligación de subrogación del personal laboral que actualmente presta el servicio, aun prevista en convenio, no resultando de aplicación la previsión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores a este nuevo contrato. En consecuencia, la redefinición del objeto de una prestación contractual para su reducción por motivos organizativos o económicos, al desaparecer la referencia a una entidad económica similar, no estará condicionada por los derechos laborales previos, de tal manera que la subrogación del personal previo, como obligación, aún

cuando se recoja en los pliegos a efectos del artículo 120 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) se rige por la normativa laboral y, por tanto, queda condicionada a la nueva prestación demandada. Normativa laboral que ha sido recientemente reformada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduciendo una mayor flexibilidad en la vinculación al convenio.

III. Características de un acuerdo marco y consecuencias de la modificación de sus elementos objetivos por crisis económica en los contratos derivados.

La técnica del acuerdo marco, como medida de racionalización administrativa —a la que no podrá recurrirse de manera abusiva, o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada— permite una gestión contractual más eficiente, al agilizar las reglas de adjudicación de contratos, pudiendo tener un plazo de hasta cuatro años. A través de este procedimiento «precontractual» los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes o servicios durante un período determinado —lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones—, los acuerdos marco pueden brindar a varias empresas la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar.

Por ello, las reglas de la adjudicación fijadas en el acuerdo marco no pueden ser objeto de modificación, al alterar el objeto de dicha técnica, de tal manera que los licitadores admitidos no están obligados a esas nuevas condiciones, en tanto no son las que fueron objeto del procedimiento y en las que basaron su

propuesta. En la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en el acuerdo marco, y los contratistas cumplirán con los deberes incluidos de forma expresa en el pliego de condiciones. Y una de esas obligaciones es la subrogación de los trabajadores que prestaban con anterioridad ese servicio.

Lógicamente, esta obligación debe ser entendida en el contexto propio de licitación del acuerdo marco y de sus consecuentes efectos económicos sobre los que las empresas formularon sus ofertas. Los contratos derivados de un acuerdo marco deben ser consecuentes a las condiciones que determinaron la oferta de los licitadores admitidos al referido acuerdo marco, incluidas las derivadas de las obligaciones laborales. Por tanto, la alteración de las reglas en este caso de un contrato derivado de limpieza, aún razonables por la actual situación de crisis económica y consiguiente dificultad presupuestaria, en tanto implican una notable reducción del objeto, obliga a una interpretación de las obligaciones que no implique, por sus propios efectos, la quiebra de la necesaria regla de igualdad entre los derechos y obligaciones sobre los que se planteó la oferta en este acuerdo marco, por cuanto en ese supuesto nos encontraríamos ante un supuesto de invalidez sobrevenida de la cláusula residual e imperativa del acuerdo marco, al desaparecer el imprescindible elemento de comparación de ofertas sobre un mismo objeto y alterarse la causa del negocio jurídico inicialmente celebrado. Por tanto, no parece ajustado a las propias reglas de la licitación aplicar la referida cláusula residual para obligar directamente a alguno de los licitadores admitidos a formalizar el contrato derivado en las condiciones originarias, al resultar contrario a los principios de equivalencia de las obligaciones previamente pactadas ya que existiría una ruptura de la causa del negocio jurídico celebrado. La inaplicación de la referida cláusula residual en los supuestos que son objeto de consulta no exige la modificación del acuerdo marco.

III. CONCLUSIONES

- I. La obligación de subrogación del personal en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea en la normativa laboral aplicable y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad.
- II. Los poderes adjudicadores podrán redefinir el objeto de una nueva prestación contractual, reduciéndola por motivos organizativos o económicos, y al desaparecer la referencia a una entidad económica similar no estará condicionada por los derechos laborales previos.
- III. La alteración de las circunstancias del acuerdo marco en el supuesto consultado, aún razonable por la actual situación de crisis económica y consiguiente dificultad presupuestaria, suponen una notable reducción del objeto de los contratos derivados, que quiebra la necesaria regla de igualdad entre los derechos y obligaciones sobre los que se planteó el acuerdo marco, por lo que no resulta jurídicamente viable la posibilidad que se consulta de realizar una designación obligatoria a una empresa.

Informe 6/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 7 de marzo de 2012.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA

Ana Isabel Beltrán Gómez

**Vº Bº LA PRESIDENTA
(por suplencia)**

Mª Asunción Casabona Berberana