

Recurso 236/2017**Resolución 251/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 21 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JUDEPOR DE PRIEGO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicios de socorrismo, monitores de natación, limpieza y recepción en las instalaciones deportivas municipales de Cabra “Parque Heliodoro Martín” del Ayuntamiento de Cabra» (Expte. GEX 8857/2017), convocado por el Ayuntamiento de Cabra (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 5 de septiembre de 2017, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba núm. 169 y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Cabra el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 794.000,00 euros, según se infiere de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento no se encontraba la entidad ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 26 de septiembre de 2017 se presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad JUDEPOR DE PRIEGO, S.L. (en adelante JUDEPOR) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. El 9 de octubre de 2017, se recibe en el Registro de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación adjuntando escrito de recurso especial, informe al mismo, expediente de contratación y listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

Previa petición, el Ayuntamiento de Cabra remite escrito, el 19 de octubre de 2017, comunicando que no disponen de órgano propio para la resolución de los recursos especiales y reclamaciones en materia de contratación.

QUINTO. Con fecha 18 de octubre de 2017, por la Secretaría de este Órgano se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que



aportaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

El apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que en el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, este Tribunal será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011, permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Cabra manifiesta que carece de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de



contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus Resoluciones (7/2016, de 20 de enero, 77/2016, de 21 de abril, 31/2017, de 9 de febrero, 104/2017, de 19 de mayo y 145/2017, de 14 de julio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o



indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadoras, lo que dificulta, a su juicio, la libre competencia. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 40 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:



a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 5 de septiembre de 2017, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba y en el perfil de contratante. En consecuencia, es a partir de dicha fecha cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de interposición en el Registro del órgano de contratación, el 26 de septiembre de 2017, aquel se presentó dentro del plazo legal indicado

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde anular los apartados impugnados por ser contrarios a los principios que han de regir la contratación pública, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su aprobación, a fin de que una vez modificados y/o aclarados los extremos anulados, pueda convocarse una nueva licitación.

Funda su pretensión la recurrente en dos alegatos, por un lado, denuncia la solvencia económica y financiera exigida, y por otro lado, cuestiona el contenido de la relación de personal a efectos de subrogación así como la información al respecto suministrada.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

SEXTO. En el primero de los motivos del recurso la recurrente denuncia que los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para la solvencia económica y financiera, resultan excesivos y no respetan el principio de proporcionalidad por exigir un volumen de negocio de los tres últimos años, debiendo establecerse, por el contrario, este requisito en función de la fecha de creación de las empresas o de inicio de sus actividades, ya que de lo contrario habría empresas que quedarían siempre excluidas y sin opción a licitar. A continuación la recurrente reproduce el contenido del artículo 75.1 del TRLCSP.

Al respecto, la cláusula 7.3.1.a) del PCAP dispone que *“El criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.*

El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil”.

En este sentido, el artículo 62.2 del TRLCSP establece que *“Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”*



Asimismo, en lo que aquí interesa el artículo 75.1 del TRLCSP dispone que “*La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.”

Para concretar los requisitos mínimos de solvencia exigidos, el artículo 79 bis del citado Texto Refundido en su párrafo primero establece que “*La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos reglamentariamente para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.*”

En aplicación de este último inciso del citado párrafo primero del artículo 79 bis del TRLCSP, el artículo 11 del RGLCAP, establece los criterios, requisitos mínimos y medios de acreditación de la solvencia que habrán de exigirse a los licitadores, para el supuesto de que los pliegos no los concreten. Con tal previsión reglamentaria se pretende evitar que la falta de mención de tales



extremos en los pliegos lleve a situaciones indeseadas de falta de apreciación de la solvencia o de valoración de la misma sin parámetros ni criterios previamente establecidos.

Asimismo, este Tribunal y el resto de órganos de resolución del recurso especial vienen sosteniendo que la solvencia exigible ha de estar relacionada con el objeto y el importe del contrato y no producir efectos de carácter discriminatorio, sin que pueda identificarse la discriminación con la circunstancia de que unas entidades licitadoras puedan cumplir las exigencias establecidas y otras no.

En definitiva, se ha señalado que la necesidad de garantizar al mismo tiempo el buen fin de los contratos a celebrar, permite a los órganos de contratación asegurarse de que el empresario que concurra a la licitación reúna unas condiciones mínimas de solvencia, pero esas condiciones, que a tenor de lo dispuesto en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el Asunto “Socchi di Frutta” puede fijar libremente el órgano de contratación, deben ser especialmente respetuosas con los denominados principios de la contratación pública. Así pues, el requisito de proporcionalidad que proclama el artículo 62.2 del TRLCSP trata de evitar que mediante la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos se excluya de la licitación a empresarios plenamente capacitados para ejecutar el contrato.

Pues bien, en el supuesto analizado, JUDEPOR denuncia que los requisitos establecidos en el PCAP para la solvencia económica y financiera, resultan excesivos y no respetan el principio de proporcionalidad, por exigir un volumen de negocio de los tres últimos años, debiendo establecerse, por el contrario, este requisito en función de la fecha de creación de las empresas o de inicio de sus actividades, ya que de lo contrario habría empresas que quedarían siempre excluidas y sin opción a licitar.



Sin embargo, tal y como expresa el órgano de contratación en su informe al recurso, cuando el PCAP exige el volumen anual de negocios referido al año de mayor volumen de los tres últimos concluidos, se está refiriendo al año que el empresario considere que tiene mayor volumen, no exigiéndose los tres últimos años como alega la recurrente.

Es más, el criterio de solvencia económica y financiera exigido en el PCAP coincide exactamente con el previsto en el citado artículo 11 del RGLCAP; en tal sentido, nunca podrá considerarse desproporcionado un criterio de solvencia económica y financiera que coincida con el señalado en una norma jurídica por cuanto esta supone el nivel normativo de proporcionalidad exigible a falta de otro fijado por el órgano de contratación, y aun cuando es cierto que el precepto reglamentario fija la solvencia que debe requerirse en una licitación ante la ausencia de previsión en los pliegos, ello no es óbice para que estos puedan exigir la que se considera óptima desde el punto de vista normativo (v.g. Resolución de este Tribunal 149/2017, de 14 de julio).

Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo de los motivos del recurso, respecto de la relación de personal a efectos de subrogación previsto en el anexo 1 del PCAP, la recurrente cuestiona, por un lado, el contenido de la relación de personal a efectos de subrogación, y por otro lado, la información al respecto suministrada.

En relación al contenido de la relación de personal a subrogar, y sobre todo en lo que se refiere a la antigüedad de algunos de los trabajadores, a su juicio, resulta excesivo y trasgresor del principio de igualdad en la concurrencia a la licitación, la asunción por parte de la entidad licitadora de un coste irrazonable, y a su vez la previsión de una partida indeterminada, como es el coste que puede suponer la finalización de cualquiera de los contratos por motivos que pueden ser ajenos a la propia entidad licitadora, que afecta de forma directa en la determinación del plan de viabilidad que se realice, trasgrediendo de forma evidente el



principio de igualdad respecto a las condiciones en que concurren, suponiendo una desventaja importante en cuanto a la planificación económica que debe ejecutar a fin de conocer si le resulta factible la prestación del servicio en cuestión.

Pues bien, la recurrente en síntesis plantea la cuestión del desmesurado coste que supone la subrogación de determinados trabajadores dada su excesiva antigüedad y las indemnizaciones que podría suponer la finalización de la relación laboral de algunos de dichos trabajadores. Sin prejuzgar dichas afirmaciones, la recurrente plantea en sede contractual cuestiones que están recogidas en la normativa laboral y en los convenios colectivos de aplicación formalizados por representantes de los trabajadores y de los empresarios y de las que este Tribunal no puede emitir juicio o criterio alguno.

Sí ha de analizarse por este Órgano la afirmación de la recurrente de que dichas cuestiones expuestas en el párrafo anterior trasgreden el principio de igualdad en la concurrencia a la licitación, y la respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues lo expuesto por la entidad recurrente afecta por igual a todas las eventuales entidades licitadoras, dado que todas ellas deben afrontar por igual las cuestiones puestas de manifiesto por la recurrente.

Procede, pues, desestimar, este primer alegato del segundo de los motivos del recurso.

OCTAVO. En relación con el segundo alegato del segundo de los motivos del recurso, relativa a la información suministrada en el anexo 1 del PCAP, sobre el personal a subrogar, la recurrente denuncia que la misma resulta insuficiente o imprecisa, pues para determinar la viabilidad de la prestación falta la información acerca del estado de las obligaciones del actual contratista con la Seguridad Social, pues el nuevo adjudicatario en cualquier caso quedaría subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de aquel. Este defecto, a su juicio, constituye un obstáculo insalvable para realizar



un adecuado estudio de los costes económicos a tener en cuenta para cualquier empresa que pretenda licitar.

Afirma la recurrente que, por lo anterior, resulta conveniente que se pongan a disposición de las entidades licitadoras las certificaciones positivas actualizadas acreditativas de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, permitiendo así conocer si el contratista se encuentra al corriente de pago de sus obligaciones para actuar en consecuencia respecto a lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que, a su juicio, no es aplicable al presente caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores porque el mismo se refiere al cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, mientras que en el presente caso la obligación de la nueva adjudicataria del servicio alcanza únicamente al personal que resultara subrogable para la prestación de los servicios a contratar y no la unidad económica completa constituida por la anterior adjudicataria, siendo además el centro de trabajo titularidad del Ayuntamiento de Cabra.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de la controversia.

Para la resolución de la cuestión planteada resulta necesario traer a colación la regulación que de la “información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo” se encuentra contenida en el artículo 120 del TRLCSP, que dispone que *“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”.

Los términos en que debe comprenderse esta obligación han sido ampliamente tratados por la doctrina de los distintos tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales, así como por las juntas consultivas de contratación administrativa. En este sentido, este Tribunal se ha manifestado sobre el particular en varias de sus Resoluciones, entre otras, en la 384/2015, de 4 de noviembre y en la 15/2016, de 28 de enero. En ellas se hace referencia a su vez al informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que afirma en sus consideraciones jurídicas que *“En definitiva se entiende 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, los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares.”* Este criterio es matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que en el segundo párrafo de su consideración jurídica segunda señala *“La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos (...).”*

Asimismo, se cita en aquellas resoluciones el informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que dispone en su consideración jurídica segunda que *“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, sigue señalando el citado informe 6/2012 de la Junta Consultiva de Aragón, 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 el correspondiente convenio colectivo, en cuyo caso deberá darse aplicación al artículo 104 de la Ley de Contratos del Sector Público [actual artículo 120 del TRLCSP]”.*

Así pues, la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate.

En este sentido se ha manifestado en numerosas Resoluciones el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas en las recientes 134/2017, de 3 de febrero y 217/2017, de 24 de febrero, en ellas se dispone que *“(…) el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es el de entender que siempre que exista, al menos, la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo*



al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria”.

En definitiva, ha de entenderse que existiendo, al menos, la apariencia de la obligación de subrogación, y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación, el órgano de contratación debe requerir, conforme al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa o empresas que viniesen efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuvieran la condición de empleadores de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los mismos, así como hacer constar dicha información en el PCAP o en la documentación complementaria, y ello con independencia de que una vez adjudicado el contrato o contratos se den o no las circunstancias para que se produzca la subrogación conforme a la legislación laboral vigente.

Así pues, 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 las actuales adjudicatarias. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por la adjudicataria, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicha adjudicataria estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidoras, pues ella 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 a la adjudicataria, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego y en la normativa de aplicación para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación.



En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique, al menos, la relativa al tipo de contrato, categoría profesional, antigüedad y salario, así como toda la que fuese necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todas las entidades licitadoras.

En el supuesto examinado, la recurrente denuncia la necesidad de que entre esa información se encuentre la necesaria para poder conocer el estado de las obligaciones del actual contratista con la Seguridad Social, pues según su parecer el nuevo adjudicatario en cualquier caso quedaría subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de aquel.

Por el contrario, el órgano de contratación en su informe al recurso alega que no es aplicable al presente caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, la asunción por parte de la nueva adjudicataria de las deudas con la Seguridad Social de la anterior adjudicataria.

Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, la determinación de si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos es una cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, debiendo recoger los pliegos, ante la aparición de la obligación de subrogación, la información necesaria para permitir la evaluación de los costes que pudiera representar la eventual subrogación.

En efecto, en función de lo expuesto hasta ahora, pueden producirse las incidencias que se exponen en el escrito de recurso, cuando el adjudicatario del presente contrato deba hacerse cargo de las posibles deudas con la Seguridad Social que, en su caso, tuviere el anterior empleador, lo que determina que la evaluación de los costes laborales que el adjudicatario pudo tener en cuenta para la presentación de la oferta, conforme a la información contemplada



actualmente en el PCAP, según lo dispuesto en el citado artículo 120 del TRLCSP, sea insuficiente, dando lugar a la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos ofertados, por lo que se hace necesario que los órganos de contratación arbitren los mecanismos necesarios para con carácter previo a la elaboración de los pliegos, exijan al anterior empleador que acredite que se encuentra al corriente o no en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, para actuar en consecuencia respecto a lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncian los Informes 5/2012 y 6/2012, ambos de 15 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

En consecuencia, cuando la información relativa a los costes del personal a subrogar, incluidas las obligaciones con la Seguridad Social, es insuficiente se vulnera el principio de transparencia y el de no discriminación, pues el anterior empleador estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, al disponer de una información completa sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar, en su caso, su oferta.

En el supuesto examinado, es pues necesario que las potenciales entidades licitadoras conozcan si el anterior empleador se encuentra al corriente o no en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social. Para ello no es necesario anular el pliego de cláusulas administrativas particulares, como pretende la recurrente, si bien debe estimarse parcialmente el presente alegato del recurso, con objeto de que por el órgano de contratación se proceda a publicar dicha información a través del perfil de contratante como documentación complementaria al citado pliego, una vez que la recabe del actual contratista, dando un nuevo plazo de presentación de ofertas para que puedan presentarse aquellas entidades licitadoras que antes no lo hubieran hecho, o modificar o retirar su oferta las que sí la hubiesen presentado.

La cuestión objeto de controversia que ha sido estimada parcialmente por este Tribunal ha sido zanjada por la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de



Contratos del Sector Público, que dispone en su artículo 130 -información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo-, apartado sexto que *“Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”*.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JUDEPOR DE PRIEGO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicios de socorrismo, monitores de natación, limpieza y recepción en las instalaciones deportivas municipales de Cabra “Parque Heliodoro Martín” del Ayuntamiento de Cabra» (Expte. GEX 8857/2017), convocado por el Ayuntamiento de Cabra (Córdoba) y, en consecuencia, se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de la presenta resolución.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a los interesados 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.

