

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 10 de octubre de 2013.

**VISTO** el recurso formulado por Doña B.B.P., y otros en su propio nombre y derecho, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas, relativo al contrato de servicios denominado “Centro de acogida de baja exigencia Puerta Abierta para la atención a personas sin hogar”, Expediente 300/2013/00874, del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 9 de septiembre de 2013 se publicó, respectivamente en el BOCM y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato servicios denominado “Centro de acogida de baja exigencia Puerta Abierta para la atención a personas sin hogar”, con un valor estimado de 7.121.028,56 euros, IVA excluido.

El contenido del contrato es la prestación integral de los servicios de alojamiento, manutención, aseo, cuidado personal, enfermería, intervención social y educativa, a 130 personas sin hogar, contando también con la modalidad de “Programa de estancia de Día”.

En los pliegos no consta de forma expresa la obligación de subrogación del personal que actualmente presta el servicio en el indicado centro.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso, que obra en el expediente el correspondiente estudio económico en el que respecto del coste de gestión del centro, se indica *“Partimos del coste de personal, que se ha fijado con los costes revisados a la baja, ya que cuando se inició el contrato actualmente vigente, se disponía de un convenio laboral del sector que establecía unos salarios superiores. También se han suprimido los costes de contratación por cada persona, que quedan incluidos en los costes generales de gestión. Se computan los costes de la cuota patronal de la Seguridad Social y se establecen así los costes básicos de personal de este contrato. Se tiene en cuenta la dedicación de cada profesional.*

*Los costes salariales se estiman teniendo en cuenta la evolución de los salarios en el sector de equipamientos y servicios de inclusión social. La Resolución de 5 de junio de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registró y publicó el I Convenio colectivo marco estatal de acción e intervención social, (BOE del 19 de junio de 2007), se aplicó a los contratos a partir de esa fecha. El 22 de diciembre de 2008, ese convenio fue declarado nulo por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Por Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2010, se confirma el criterio de la Audiencia Nacional, y se declara la nulidad del Convenio Colectivo por falta de legitimación. Desde entonces se está produciendo la aplicación de criterios distintos en el sector: desde entidades que no aplican convenio alguno, a las que aplican el convenio de residencias del sector de atención a la dependencia, de oficinas y despachos, etc. Todo ello dificulta*

*considerablemente el establecimiento de salarios homogéneos, por lo que se ha consultado a distintas entidades, de lo que resultan unos salarios medios, que son los que se han tenido en cuenta en los cálculos realizados, y que, por lo tanto, son acordes con los salarios del mercado actual.”, estableciendo un coste anual en materia de personal de 823.072,80 euros.*

**Segundo.-** Doña B.B.P. y otros, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), interpusieron recurso administrativo especial el 30 de septiembre de 2013, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) por los que ha de regirse el indicado contrato, ante este Tribunal, que lo comunicó al Ayuntamiento de Madrid y requirió el envío del expediente. Con fecha 3 de octubre tuvo entrada en este Tribunal el expediente administrativo y el informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP.

Los recurrentes solicitan, en síntesis, que se modifiquen los pliegos por los que se ha de regirse la licitación, facilitando una tabla con datos salariales y perfil profesional de la plantilla y teniendo en cuenta las implicaciones económicas de la subrogación de trabajadores, que procede, según aducen, al serles aplicable, como trabajadores del centro, el Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de Autonomía Personal, al que en todo caso se adhirieron, mediante Acuerdo firmado con el responsable de la empresa que hasta ahora venía prestando el servicio, el 31 de julio de 2013.

Por su parte el Ayuntamiento de Madrid, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo, señala que el Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de Autonomía Personal no es aplicable a los trabajadores de los centros

de acogida a personas sin hogar, destacando que de los cinco centros de tales características del Ayuntamiento de Madrid, solo este en el que prestan sus servicios los recurrentes aplica por Acuerdo alcanzado con la adjudicataria el citado convenio, a lo que añade que se han licitado otros centros sin incluir la obligación de subrogación del personal. Además, señala que no concurre el presupuesto de sucesión de empresas que determina, de acuerdo con el artículo 44 del ET, la obligación de subrogación. Por último indica que no obstante lo anterior, en el estudio económico del contrato se han tenido en cuenta los diferentes convenios aplicables por las entidades gestoras, considerando que las referencias salariales establecidas se ajustan a la media del sector, explicando que los ajustes en los gastos se derivan fundamentalmente de la reducción de los costes de gestión, del porcentaje de beneficio, que ha pasado del 8 al 6%, homologándose con otros contratos. En todo caso, señala que la empresa que venía gestionando el centro aportó un documento indicando los salarios de los trabajadores, que aporta, del que resulta que el salario por categoría, más antigüedad, están ligeramente por debajo del los del estudio de costes del contrato, si bien sí que en aquél se incorpora un plus personal que no tiene relación ni con la antigüedad, ni con la aplicación del convenio invocado por las recurrentes. Concluye afirmando la viabilidad económica del contrato.

**Tercero.-** Con fecha 3 de octubre se ha dado traslado del recurso al resto de interesados para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, alegasen cuando a su derecho conviniera, habiéndose presentado alegaciones el día 9 de octubre por la empresa Atención Social en Emergencias Grupo 5.S.L.U, actual empleadora de los recurrentes, que avala sus pretensiones.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Los recurrentes ostentan legitimación activa al recurrir en su propio nombre y derecho por tratarse de personas “*cuyos derechos e intereses legítimos se*

*hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP). Resulta claro que el objeto de las pretensiones esgrimidas por los recurrentes afecta directamente a sus condiciones laborales e incluso a la conservación de su puesto de trabajo.*

**Segundo.-** Siendo el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, esta regla general tiene una concreción en el apartado a) del punto 2 del artículo 44 del TRLCSP cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, en cuyo caso 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 del texto refundido. Así, de acuerdo con el citado artículo 158 habrá que distinguir si el acceso a los pliegos e información complementaria se realiza por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o si por el contrario se facilita el acceso por otros medios.

Concretamente el citado precepto establece que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. La aplicación de este precepto en relación con el 44.2 nos llevar a concluir que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede ser anterior, puede coincidir, o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, mientras que en el caso de que se hubiera accedido a los mismos de forma telemática, si no es posible conocer la fecha efectiva en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a

contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores.

En este caso la convocatoria se publicó el 9 de septiembre de 2013, finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 1 de octubre, fecha que ante el desconocimiento del momento en que se produjo la efectiva puesta a disposición de la recurrente de los pliegos debe considerarse como días a quo para la interposición del recurso, por lo que habiéndose interpuesto el mismo ante el órgano de contratación el 30 de septiembre debe considerarse interpuesto en plazo.

**Tercero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Cuarto.-** Entrando ya a considerar la exigibilidad en este contrato de la obligación de subrogación del personal, como ya señalábamos en nuestra Resolución 149/2012, de 5 de diciembre, la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio objeto del contrato, con carácter general deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*.

Por su parte la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, 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, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos.

Esta obligación de índole laboral, lleva consigo la consecuencia de que desde la óptica de la contratación administrativa, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones- por más que sean obligaciones legales,- cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos en el momento de formularlas. A ello tiende el artículo 120 del TRLCSP, cuando establece 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.”*

La información de la obligación de subrogación permite que los licitadores tengan un conocimiento completo de los elementos que pueden afectar a la estructura económica del contrato, lo que les permitirá conocer todos los extremos precisos para formular ofertas. Asimismo dicha información permite a los licitadores conocer las condiciones del personal, que en caso de resultar adjudicatario, pasará a formar parte de su plantilla empresarial, con efectos inherentes a cualquier relación laboral entre los que figuran los derechos y obligaciones de contenido económico,



incluidos los derivados de la extinción laboral. El adjudicatario es conocedor de que, en relación al personal que presta el servicio objeto de licitación, en caso de resultar adjudicatario y por subrogación legal, tendrá que ejercer todas las facultades empresariales asumiendo también todas las obligaciones.

En este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002 -aplicable asimismo al TRLCSP- que concreta esta obligación señalando *“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 sí, 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. (...)”*.

En el caso objeto del recurso, resulta que no se ha facilitado, ni en el pliego ni como documentación complementaria, información respecto de las condiciones de trabajo y ello se justifica en la consideración de que no se cumplen los requisitos legales para que proceda la subrogación, ya que el Convenio colectivo que ampararía en su caso la actividad objeto del contrato no contempla esta obligación.

Procede por tanto determinar si se da el supuesto de sucesión de empresas que determina la aplicación de tal obligación y si en tal caso existe una exigencia para el empresario que resulte adjudicatario de subrogar al personal afectado.

Respecto de la procedencia de la sucesión de empresas, el órgano de contratación, con cita de dos Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001 y de 3 de junio de 2002, respectivamente, señala que la única vía por la que puede operar una subrogación obligatoria, partiendo de la premisa de que no existe sucesión de empresa en la sucesión de contratos administrativos, es porque así lo establezca la norma sectorial contenida en el convenio colectivo de aplicación.



La Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe núm. 58/2009 de 26 febrero 2010, señala que *“Conviene, finalmente, señalar que la subrogación en las relaciones laborales de que venimos hablando aquí no puede incluirse dentro del concepto de sucesión en la empresa que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997). En efecto este texto legal define la sucesión en la empresa diciendo que «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».* Del precepto transcrito se desprende que la sucesión en la empresa requiere la transmisión de toda una serie de elementos organizativos que la dotan de individualidad y no una mera subrogación en las relaciones laborales, derivadas de la ejecución de un contrato”.

Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 156/2013, de 18 de abril, señala del mismo modo al respecto que *“El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no tiene el alcance ni la aplicabilidad al caso que pretende el recurrente, pues no existe una subrogación empresarial entre dos empresas, cedente y sucesora de la actividad, sino una Administración que finaliza un contrato con una empresa y celebra otro distinto con la que resulte adjudicataria. Ello sin perjuicio de lo que dispongan los convenios colectivos para este supuesto. Ni el recurso ni el informe del órgano de contratación hacen referencia a la existencia de norma de convenio colectivo que establezca la subrogación en los trabajadores. La cuestión ha sido tratada por el Tribunal bajo diversas perspectivas, siendo la planteada en el recurso la más general, esto es, si tiene o no que constar esta previsión en los pliegos. Así, en la resolución 181/2011 se indicó: “...Tercero. La cuestión de fondo planteada por la recurrente se reduce a la falta de inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de mención alguna a la posible obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes entre el anterior contratista y el que resulte de la licitación convocada. Tal cuestión surge en relación con la exigencia establecida en el artículo*

*104 de la ley de Contratos del Sector Público en el sentido de 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”.*

Todo lo anterior significa que si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello pueda ser así al caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables. Lo que nos obliga a examinar a segunda cuestión derivada de esta primera y es la de si en este caso existe dicha obligación en los convenios que puedan resultar aplicables.

Como hemos señalado el relato fáctico de la presente resolución los recurrentes aducen que les resulta de aplicación el Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de Autonomía Personal, ya que el Convenio Colectivo Marco de Acción e Intervención Social que les era aplicable, fue anulado mediante Sentencia del Tribunal Supremo, en el año 2010.

El Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de Autonomía Personal publicado en el BOE el 18 de mayo de 2012, recoge la obligación de subrogación del personal en su artículo 70 y define su ámbito funcional de aplicación en su artículo 1 en los siguientes términos: *“El ámbito funcional de aplicación del presente convenio*

*colectivo está constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de la atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: residencias para personas mayores, centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas, servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia. Todo ello cualquiera que sea su denominación y con la única excepción de aquellas empresas cuya gestión y titularidad correspondan a la administración pública”.*

Una concreción del ámbito de aplicación del Convenio que los recurrentes consideran de aplicación puede extraerse de la lectura del artículo 2.2 del Convenio derogado, en el que se define las actividades que constituyen su ámbito funcional, como las que prevenir, paliar o corregir procesos de exclusión social, como promover procesos de inclusión o participación social, para a continuación realizar una enumeración de tales actividades que en nada se corresponden prima facie con la atención a personas dependientes. Pero es que, además, no es preciso acudir a tales medios interpretativos, sino que basta con aplicar el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que define esta última como *“El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.*

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones resulta claro a este Tribunal que la actividad de atención a personas dependientes y la atención a personas sin hogar no es coincidente, por más que puedan darse circunstancias concretas en que algunos de los usuarios de los centros de acogida puedan encontrarse en situaciones de dependencia de sustancias, o aquejados de alguna enfermedad física

o psíquica que, o bien merme sus facultades,- lo que no implica que se encuentren en situaciones permanente de dependencia, como exige la ley-; o bien realmente obedezca a una situación de dependencia que en su caso deberá ser tratada por quien tenga competencia y preparación para ello, que no son los centros de acogida de baja intensidad.

Todo ello se corrobora de la lectura del contenido de las actividades objeto del contrato.

Cabe por último examinar la virtualidad que pueda tener el acuerdo firmado entre la empresa que actualmente presta el servicio y los recurrentes. Nos encontramos en este caso con un acuerdo, que sin perjuicio del examen de la capacidad convencional de los firmantes que este Tribunal no es competente para enjuiciar, opera como los convenios de empresa. Tales convenios vinculan a la empresa que lo suscribió y a sus trabajadores, pero no puede extenderse o trasladarse a la nueva adjudicataria a través del pliego de cláusulas administrativas, máxime en casos como el presente en que parece deducirse que la intención de la empresa no era regirse por el nuevo acuerdo alcanzado, sino “atar” la situación de los trabajadores, o vincular a terceros ajenos al acuerdo (bien sea la Administración, bien la empresa adjudicataria) habida cuenta de la fecha en que fue firmado, próxima a la terminación del contrato.

En este punto resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 1128/2003 de 24 diciembre, cuando afirma *“Pero, afectando la anterior afirmación al convenio colectivo del sector, no puede decirse lo mismo del convenio de empresa, ya que las condiciones laborales y económicas que la Administración ha de imponer al nuevo adjudicatario deben ser las que se establecen en el convenio del sector, que es la norma que impone la subrogación del personal, pero no las que el anterior adjudicatario pueda haber negociado con su personal, cuyas mejoras las asume personalmente con cargo al precio del contrato, sin que sea*

*aplicable para este caso la Directiva 2001/23/CEE, en tanto su artículo 1.1 aclara que se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o partes de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión, lo que no es el caso dado que no existe relación entre empresarios sino sucesión de contratos administrativos para la prestación del servicio de limpieza, siendo de recordar que las anteriores Directivas 98/50/CEE y 77/188/CEE, así como el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de adaptación de aquellas a nuestro ordenamiento, contienen derechos de índole puramente laboral que deben hacerse valer ante los órganos de la jurisdicción social”.*

Como consecuencia de todo lo anterior, cabe señalar que en el caso sometido a este Tribunal al no haber disposición legal, ni convenio colectivo sectorial, que exija la subrogación del personal, no puede prosperar la impugnación de los pliegos en base al incumplimiento de lo previsto en el artículo 120 del TRLCSP antes transcrito.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Desestimar el recurso formulado por Doña B.B.P., y otros en su propio nombre y derecho, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y los Pliegos de Prescripciones Técnicas, relativo al contrato de servicios denominado “Centro de acogida de baja exigencia Puerta Abierta para la atención a personas sin hogar”, Expediente 300/2013/00874, del Ayuntamiento de Madrid.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.