



Recurso nº64/2011

Resolución nº 55/2011

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por escrito de Don J.A.N. en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre (EDUCATIA) contra el pliego de cláusulas administrativas por el que se ha de regir el contrato de servicios denominado “Gestión integral del Complejo de Ocio y Recreación Naturalcalá “(Expte 03-AT-00059.8/2011), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de julio de 2011 el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid autorizó la celebración del contrato de servicios “Gestión Integral del Complejo de Ocio y Recreación Naturalcalá”, gestionado por el Instituto Madrileño



Comunidad de Madrid

del Deporte el Esparcimiento y la Recreación, en adelante IMDER y situado en la finca “El Encín”, así como el gasto plurianual derivado del mismo.

El 22 de julio siguiente mediante resolución del Director- Gerente del IMDER se aprueba el expediente de contratación, y la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato, conforme a los pliegos que habían sido aprobados el día 27 de junio anterior. La convocatoria de la licitación se publicó en el perfil del contratante, y en el BOCM de 5 de agosto, estableciéndose un plazo de presentación de ofertas de quince días naturales a contar desde el siguiente a la publicación, y con un valor estimado del contrato de 3.639.220,56 €.

En el punto 23 del anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establece que *“El adjudicatario tiene la obligación de subrogarse, como empleador, en determinadas relaciones laborales”*, detallando a continuación la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, tal y como exige el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). En dicha información anexa, se recoge el personal afectado por la obligación de subrogación, en concreto: cuatro trabajadores sometidos al Convenio Estatal de Jardinería, cinco trabajadores sometidos al Convenio de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid, cuatro trabajadores a los que sería aplicable el Convenio de Hostelería de la Comunidad de Madrid, y ocho afectos al Convenio de Intervención Social, cuyo gasto a cargo del empresario adjudicatario, ascendería a 238.602,10€.

Segundo.- El 16 de agosto de 2011 tuvo entrada en el Registro del IMDER recurso especial en materia de contratación, interpuesto por EDUCATIA que fue remitido a este Tribunal junto con el expediente y el informe preceptivo exigido en el artículo 316.2 de la LCSP, donde tuvo entrada el 1 de septiembre de 2011.

Con fecha 5 de septiembre de 2011 se dio trámite de audiencia al resto de los interesados en el procedimiento de contratación. Consta que el día 15 de septiembre



Comunidad de Madrid

de 2011 se ha presentado escrito de alegaciones por la empresa CAMPA Ocio y Tiempo Libre, que se limitan a declarar su conformidad con lo expuesto en el recurso interpuesto.

Así mismo el día 5 de septiembre de 2011 se requirió a la recurrente para que de conformidad con lo previsto en el artículo 314.5 de la LCSP, presentara la documentación acreditativa de la legitimación con que actuaba, en concreto los estatutos originales o en copia cotejada, donde conste el fin social u objeto de la asociación, siendo atendido dicho requerimiento mediante la aportación de los estatutos solicitados el día 8 de septiembre.

Cuarto.- En cuanto al contenido de las alegaciones efectuadas en el recurso, la recurrente aduce en su escrito que el Convenio de Intervención Social fue anulado por diversas sentencias de la Audiencia Nacional, nulidad que fue ratificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de marzo de 2010, por lo que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sería nulo al invocar como aplicable a ocho de los trabajadores a subrogar dicho convenio, indicando también que el convenio a aplicar sería el de Enseñanzas y Formación no reglada, en virtud de Auto de la Sala de lo Social del TS de 14 de octubre de 2008, siendo así que dicho convenio no contiene norma alguna de subrogación laboral, por lo que considera que dicha obligación no puede establecerse legalmente en el pliego recurrido.

Por su parte el IMDER, en el informe preceptivo remitido, después de hacer referencia al proceso de aprobación de los pliegos y los distintos informes que se emitieron en relación con los mismos, afirma en síntesis, que la aplicación del Convenio de Intervención Social es acorde a derecho en su vertiente extraestatutaria, indicando asimismo que no es posible por la naturaleza del objeto del contrato la aplicación del Convenio de Enseñanzas y Formación no regladas.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la asociación EDUCATIA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Efectivamente según los estatutos remitidos a petición de este Tribunal, pueden ser miembros de la Asociación las personas físicas o jurídicas titulares de empresas de educación, cultura y tiempo libre de la Comunidad de Madrid, estando entre sus fines representar a sus miembros en la defensa de cualesquiera intereses individuales o colectivos deriven del objeto de su actividad enmarcado en los fines de la misma. Dado que el objeto del contrato, según se indica en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, es la gestión integral de un complejo de ocio y recreación, este Tribunal considera que la Asociación recurrente ostenta legitimación activa en relación con el objeto del recurso, así como que actúa con la debida postulación en virtud del poder que se acompaña al recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente a un contrato de servicios, de la categoría 26 “Servicios de Esparcimiento Culturales y Recreativos” con un importe total de 3.639.220,56 € por lo que es susceptible de recurso al amparo de los artículos 310 .1 b) y 310.2 a) de la LCSP.

Tercero.- El plazo establecido en el artículo 314.2 de la LCSP para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de *“quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*, añadiendo en su apartado a) que *“cuando el recurso se interponga*



Comunidad de Madrid

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 142 de esta Ley". Así, de acuerdo con el citado artículo 142 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 dice 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 314.2 nos llevaría a entender 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 facilitado por tales medios se contaría a partir de la fecha de conclusión del plazo para presentar ofertas.

En este caso el anuncio de licitación se publicó en el BOCM de 5 de agosto de 2011, facilitándose los pliegos a los posibles licitadores en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid. Por su parte el recurso especial se interpuso ante el IMDER el día 16 de agosto, siendo la fecha límite de presentación de ofertas la de 20 de agosto, día en que concluye el cómputo de 15 días naturales establecido en el anuncio, por lo que debe entenderse que el recurso se presentó en plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,



Comunidad de Madrid

Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto el mismo se contrae a determinar si es conforme a derecho la aplicación a parte del personal contratado para la gestión del Centro de Ocio Naturalcalá por la extinta empresa Alcalá Natura 21 S.A.U, en cuyos derechos y obligaciones se subrogó el IMDER, del Convenio de Integración Social, declarado nulo por la Audiencia Nacional, así como la legalidad de la obligación de subrogación establecida en el pliego.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran desempeñando su actividad en la Finca “El Encín” objeto del contrato de servicios cuyo pliego se impugna, se deriva directamente del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T, cuando establece que *“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”*.

De manera que como queda claramente expuesto se trata de una obligación legal que no convencional, si bien es cierto que algunos Convenios colectivos concretan o plasman esta obligación, tal y como lo hace el Convenio Colectivo de Intervención Social publicado en el BOE de 19 de junio de 2007, en su artículo 11.

Este Convenio, sin embargo tal y como señala la recurrente, fue anulado por la Audiencia Nacional, por Sentencia de 22 de diciembre de 2008. Conviene traer a colación lo dispuesto al apartado dos del fallo de la indicada Sentencia *“1º -Tener por desistidas de sus demandas a FED. NAC.CTROS Y SERV.MAYORES (F.N.M.)*



Comunidad de Madrid

y a la CONF.ESPAÑOLA DE ATENCION A LA DEPENDENCIA dada su incomparecencia. 2º.- Estimamos las demandas acumuladas interpuestas por AOTSPIJF, AOTSJJ, AEEISSS, ANESOC, FSS-CC.OO., FEDERACION LARES, A.E.S.E.S., ASOC. EST. ORGAN. DE ACC. E INTERVENCION SOCIAL con la pretensión de que se declare la nulidad del denominado I Convenio Colectivo Marco Estatal de Acción e Intervención Social (RCL 2007, 1182) (publicado en el BOE de 19 de junio de 2007), por lo que hace a su condición de pacto estatutario y de eficacia general”, todo ello de acuerdo con lo establecido en su Fundamento de Derecho CUARTO in fine que establece “Centrándonos en el supuesto objeto de debate, tenemos que de los seis representantes del banco empresarial en la comisión negociadora, tal como quedó constituida en su día, solo votó el único representante de la asociación patronal AESAP, por lo que es del todo evidente el acuerdo final que llevó a la aprobación del convenio de que se trata no se adoptó con todas las condiciones y formalidades requeridas para alcanzar la eficacia general propia de un convenio estatutario. En consecuencia, sin necesidad de extenderse en otras consideraciones, procederá estimar la alegada falta de representatividad de la asociación empresarial demandada para la adopción del acuerdo final de aprobación del convenio impugnado, lo que, a su vez, determina la desaparición sobrevenida del objeto de las demandas que han alegado, con carácter subsidiario, la supuesta concurrencia invasiva del Convenio Colectivo Marco impugnado, ya que la regla de prohibición de concurrencia del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores se refiere exclusivamente a los convenios estatutarios, y, por lo expuesto, no cabe atribuir al convenio impugnado tal naturaleza jurídica.”

De lo anteriormente transcrito se desprende que el Convenio Colectivo controvertido fue anulado únicamente en su condición de convenio estatutario por falta de representatividad de uno de los firmantes del mismo, pero manteniendo la vigencia del mismo como convenio extraestatutario.

Sin necesidad de extendernos en esta materia, debe señalarse que los convenios colectivos estatutarios son, en virtud de lo establecido en el artículo 82 del



Comunidad de Madrid

ET, los acuerdos celebrados entre uno o varios empresarios, por un lado, y una o varias agrupaciones de trabajadores por otro, para fijar las normas que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito determinado, así como los derechos y obligaciones de las propias partes del acuerdo. Estos convenios tienen una doble naturaleza siendo al mismo tiempo, contrato y norma. Contrato por sus orígenes, pero norma por sus efectos y por su finalidad de regular condiciones de trabajo, con fuerza vinculante para todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de que hayan participado o no en la negociación del mismo. En esto se diferencia el contenido normativo del obligacional, pues el obligacional tan sólo vincula a los negociadores y signatarios del mismo. Este distinto contenido o eficacia de los convenios colectivos tiene su trasunto asimismo en la clasificación de convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios.

Así junto a los convenios colectivos estatutarios existen otros, los extraestatutarios o irregulares. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en definir al convenio colectivo extraestatutario como aquel convenio que carece de alguno de los requisitos objetivos, subjetivos o procedimentales establecidos en el Título III del E.T. para los convenios que en el mismo se regulan encontrando su justificación directamente en el art. 37.1 de la Constitución :*“La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*. La jurisprudencia se ha inclinado finalmente, con importante contradicciones, por considerar que los convenios colectivos extraestatutarios poseen naturaleza contractual -S.T.S. 12 de enero de 1994, 17 de octubre de 1994, 24 de octubre de 1995 ó 14 de diciembre de 1996-. En cuanto a la eficacia personal de los convenios colectivos extraestatutarios, la misma queda limitada a los empresarios y trabajadores representados por las partes contratantes. De la eficacia personal reducida de estos convenios podría derivar una natural limitación de su contenido a aquellos aspectos susceptibles de acuerdo contractual, excluyendo reglas organizativas empresariales que afectaran a todo el personal de la empresa, ante la



Comunidad de Madrid

eventualidad de que algún trabajador, en uso de su libertad de contratación individual, se negase a su incorporación contractual.

En este caso en los contratos firmados por los trabajadores afectados con Alcalá Natura 21. SAU y subrogados por el IMDER, consta que se someten al Convenio de Intervención Social, por lo que de acuerdo con lo anterior, en tanto los contratos de trabajo están vigentes debe perdurar la obligación de subrogación señalada.

A mayor abundamiento entiende este Tribunal que la determinación del Convenio Colectivo a aplicar no es determinante para el examen de la obligación de subrogación establecida en los pliegos, puesto que la misma viene exigida legalmente por lo dispuesto en el artículo 44 del ET, como más arriba hemos apuntado, de forma que dicha obligación independientemente de su plasmación en un convenio colectivo, estatutario o extraestatutario, será exigible por los trabajadores afectados, al nuevo contratista adjudicatario, en virtud de la legislación sectorial laboral, y por lo tanto, su inclusión en los pliegos es totalmente conforme a derecho, en los términos de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, por lo que en modo alguno puede considerarse que el pliego impugnado adolezca de un vicio de nulidad.

En este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 31/1999, cuando establece *“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, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares,”* matizado posteriormente por el 33/2002 que señala *“La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las*



Comunidad de Madrid

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 su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 de la LCSP 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 especial en materia de contratación formulado por Don J.A.N. en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Educación, Cultura y Tiempo Libre(EDUCATIA) contra el pliego de cláusulas administrativas por el que se ha de regir el contrato de servicios denominado “Gestión integral del Complejo de Ocio y Recreación Naturalcalá”

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la formulación de la cuestión de nulidad por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la LCSP.

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,



Comunidad de Madrid

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 319 LCSP.