

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

CONTRATOS DE SERVICIOS

10/11. INCUMPLIMIENTO POR ADJUDICATARIA DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN LABORAL

Efectos de un eventual incumplimiento por la adjudicataria de un contrato de servicios de ADIF de la obligación de subrogación laboral: el contratista puede ser compelido al cumplimiento de dicha obligación, que no deriva de los pliegos sino del Convenio colectivo, pero su incumplimiento no es causa de resolución contractual al no haberse previsto como condición esencial. Efectos de la falta de inclusión en los Pliegos de ADIF de la información del artículo 104 de la LCSP¹.

Examinada, al amparo de lo dispuesto en el apartado III.A.2.^a de la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, su consulta sobre diversas cuestiones relacionadas con el contrato de prestación de S., S.A., adjudicado por el Administrador de Estructuras Ferroviarias (ADIF) a la empresa A, S.A.U., este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1. En el escrito de consulta se hacen constar las siguientes circunstancias:

«I. El contrato de servicios de telemarketing venía siendo prestado a ADIF por la mercantil S., S.A. (en adelante, S).

II. Como consecuencia del procedimiento abierto de contratación tramitado a lo largo de 2011, resulta nueva adjudicataria la mercantil A., S.A.U. (en adelante, A), por un importe de 32.608.338,30 euros (IVA incluido). El contrato se firma el 20 de septiembre de 2011, con un

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 26 de diciembre de 2011 (ref.: A.G Entes Públicos 134/11) Ponente: Raquel Ramos Vallés.

Con fecha de 25 de noviembre de 2011 se firma una adenda al contrato, fijando el 12 de diciembre de 2011 como nueva fecha de inicio del mismo. Con esta misma fecha se acuerda posponer nuevamente el inicio de la ejecución del contrato hasta el 23 de enero de 2012.

III. La Subdirección General de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo e Inmigración, mediante resolución de 29 de noviembre de 2011, acuerda declarar la improcedencia de la solicitud de despido colectivo de 241 trabajadores (de los 1.092 que componen la plantilla) presentada por S. Se entiende en dicha resolución que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center (publicado en el BOE de 20 de febrero de 2008), concurre un supuesto de sucesión de empresa y la nueva adjudicataria A “se compromete a que el 90% de la plantilla habrá de integrarse con trabajadores que estaban contratados en la campaña de la anterior empresa (S) que llevaba la misma” (hoja n.º 13 de la resolución).

Contra esta resolución del Ministerio de Trabajo cabe recurso de alzada ante el Ministro. El plazo para su interposición vence, previsiblemente, el próximo 29 de diciembre de 2011.

IV. Respecto de la situación de los trabajadores y la posible existencia de subrogaciones, en relación con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el Pliego de Condiciones Particulares del Contrato (Cláusula 3.1 del Apartado V, ‘Derechos y obligaciones de las partes’), se limita a disponer lo siguiente:

– “El contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral y seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo. ADIF en ningún caso asumirá relación laboral ni de especie alguna con el personal dedicado por el contratista a la ejecución del contrato.”

– “En el caso de que los trabajadores que vienen efectuando el servicio objeto del presente pliego estén sujetos al Convenio de Contratos Ferroviarios o cualquier otro convenio que imponga al adjudicatario la obligación de subrogación, éste deberá tener en cuenta que a petición de ADIF y en cualquier caso antes de la finalización del presente contrato, estará obligado a proporcionar a la entidad la información que se le requiera en relación con las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados.”

Por desconocer ADIF la obligación de subrogación o por entender que no concurría la misma, no se proporcionó a los licitadores la información concreta a que se refiere el artículo 104 de la Ley 30/2007.

V. En lo que se refiere a los supuestos de resolución del contrato, el Pliego de Cláusulas Administrativas se remite a las causas de resolución especificadas en el Pliego de Condiciones Generales para los contratos de Servicios de ADIF. Este último pliego incluye entre las causas de resolución del contrato “el incumplimiento de las obligaciones de las partes”.

En materia de obligaciones de carácter laboral, establece el Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato (Disp. 3.3.1.5) que “el licitador tiene la obligación de someterse a cuantas disposiciones, presentes y futuras, vigentes en materia laboral...”.

VI. La empresa A, adjudicataria del nuevo contrato, en la documentación de oferta señala lo siguiente:

4.4.1 Proceso de selección cambio de empresa: aplicación del artículo 18 del Convenio Colectivo.

Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba y Atento fuera la empresa adjudicataria del servicio ADIF, se actuará de la siguiente forma:

Atento incorporará al proceso de selección a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, y contratará a los empleados que has de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:

El 90% de la nueva plantilla se integrará con empleados que han estado contratados en la anterior empresa, con idéntico objeto contractual y en principio siempre que hayan estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.»

2. A la vista de las circunstancias concurrentes, en el escrito de consulta se concluye solicitando la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones:

«Primera.—Si la resolución del Ministerio de Trabajo de 29 de noviembre de 2011 afecta directamente al contrato y supone para ADIF, como entidad contratante, alguna obligación concreta en la ejecución del mismo.

Segunda.—En relación con lo anterior, en el caso de que A iniciara la ejecución del contrato sin ajustarse a las consideraciones contenidas en la resolución del Ministerio de Trabajo, ello supondría la concurrencia de un supuesto de resolución del contrato.

Tercera.—Si puede entenderse razonablemente que ADIF puede haber incurrido en responsabilidad con el adjudicatario A por no haber proporcionado a los licitadores la información concreta a que se refiere el artículo 104 de la Ley 30/2007.»

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. La primera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo consiste en determinar si la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 afecta directamente al contrato adjudicado por ADIF a la sociedad A, S.A.U. (en adelante, A) y supone para ADIF, como entidad contratante, alguna obligación concreta en la ejecución del mismo.

La adecuada resolución de esta primera cuestión pasa necesariamente por examinar el contenido de la citada resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011. Mediante esta resolución se pone término al procedimiento administrativo iniciado a instancia de la empresa «S., S.A.» (en lo sucesivo, S) en solicitud de extinción de 241 contratos de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET), y ello con fundamento en la consideración de que, habiendo venido ejecutando S un contrato de servicios adjudicado por la entidad pública empresarial ADIF y habiendo expirado dicho contrato el 30 de noviembre de 2011, el nuevo contrato de servicios ha sido adjudicado a A, por lo que la falta de adjudicación de dicho contrato a S («pérdida del anterior contrato con ADIF», según se dice en la resolución de 29 de noviembre de 2011) supone la necesidad de que esta última sociedad reduzca su plantilla en 241 trabajadores (en la resolución que se analiza se alude a 241 trabajadores en el apartado primero de los antecedentes, en tanto que en el apartado séptimo de dichos antecedentes se hace referencia a 227 trabajadores). Siendo ésta la petición formulada por S, la misma fue desestimada por la repetida resolución con base en las consideraciones que se recogen en sus fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto y que, en esencia, consisten en la apreciación de la concurrencia de un supuesto de sucesión de empresas a que se refiere el artículo 44 del ET (argumento principal) y en la aplicación de la previsión contenida en el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 20 de febrero de 2008) que garantiza el mantenimiento del empleo en un elevado porcentaje de los trabajadores de la empresa saliente cuando tiene lugar un cambio de contratista en un determinado servicio o campaña de Contact Center (argumento adicional).

Fijado el contenido de la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 en los términos indicados, esta resolución no afecta directamente al contrato concertado con ADIF con A ni supone para ADIF obligación concreta alguna en la ejecución del mismo, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

1. En primer lugar, y desde una perspectiva objetiva –posible afectación directa de la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración al contrato adjudicado a A–, debe partirse de la premisa de que la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 decide, declarándola improcedente, una petición de despido colectivo formulada al amparo del artículo 51 del ET. Pues bien, la petición del despido colectivo, declarada improcedente, no afecta directamente al contrato de servicios adjudicado a A, ya que la única vinculación o conexión que cabe apreciar, a los efectos que aquí interesan, entre la relación contractual concertada entre ADIF y A y la normativa laboral consiste en que el nuevo contratista (A) se subroga, como nuevo empleador o empresario, en las relaciones laborales que vinculan a los trabajadores con la anterior

10/11 empresa adjudicataria (S) y tal subrogación encuentra realmente su origen en la previsión contenida en el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center («cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio vendrá obligada a: 1 Incorporar a todo el personal de plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla...»). Buena prueba de que la subrogación encuentra su origen en el mencionado Convenio Colectivo es que en el Pliego de Condiciones Particulares para la contratación de servicios mediante procedimiento abierto (apartado V, cláusula 3.1 «obligaciones laborales y sociales»-, párrafo último) se vincula la obligación de subrogación (del nuevo contratista) no a la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración –lo que es imposible al ser esta resolución posterior al referido pliego–, sino al Convenio Colectivo («en el caso de que los trabajadores que viniesen efectuando el servicio objeto del presente pliego estén sujetos al Convenio de Contratas Ferroviarias o a cualquier otro convenio que imponga al adjudicatario la obligación de subrogación...») y que en el documento de oferta de la empresa adjudicataria (apartado 4.4.1) ésta invoca precisamente el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center.

Pues bien, si la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 declara improcedente la autorización que fue solicitada a la autoridad laboral para la extinción de 241 contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (despido colectivo) por la empresa adjudicataria del anterior contrato y si la obligación de subrogación de la empresa adjudicataria del nuevo contrato surge de un convenio colectivo, no puede afirmarse que aquella resolución afecte directamente al contrato adjudicado a A. Dicho en otros términos, sometida a autorización administrativa la extinción (colectiva) de contratos de trabajo por las causas indicadas, la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración deniega el título que habilitaría a la empresa solicitante de la autorización para proceder a la extinción de dichos contratos y con ello agota sus efectos –imposibilidad jurídica de extinguir tales contratos–, sin transcender directamente a un contrato en el que no es parte la empresa que solicitó esa autorización que fue denegada.

No puede desconocerse, por lo demás, la separación, por tratarse de relaciones jurídicas distintas, entre la relación contractual que media entre ADIF y la empresa que en cada caso resulte adjudicataria del contrato y los vínculos laborales que median entre esa empresa y sus trabajadores, como se plasma en el apartado V, cláusula 3.1, párrafo primero, del Pliego de Condiciones Particulares para la contratación de servicios mediante procedimiento abierto («ADIF, en ningún caso asumirá relación laboral ni de especie alguna con el personal dedicado por el contratista a la ejecu-

ción del contrato»). Así las cosas, la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 resuelve una cuestión –posibilidad de autorizar la extinción colectiva de contratos de trabajo– que, por su propia naturaleza y contenido, se sitúa en el marco de las relaciones laborales entre la empresa adjudicataria del anterior contrato y sus trabajadores y que, en virtud de esa separación entre las relaciones laborales y relación contractual que media entre ADIF y la empresa contratista, no puede afectar directa e inmediatamente a esta última.

2. En segundo lugar, y desde una perspectiva subjetiva –posible asunción por ADIF de una obligación concreta en la ejecución de la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de continua referencia–, la contestación a este segundo interrogante debe ser, en opinión de este Centro Directivo, negativa.

A estos efectos, es necesario diferenciar, por tratarse de planos distintos, el deber general de observancia de los actos administrativos y la existencia de obligaciones concretas en la ejecución de los mismos.

En relación con lo primero –deber general de observancia de los actos administrativos–, el artículo 18.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone que «las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración». Dado que el precepto transcrito impone un deber general de observancia respecto de los actos administrativos –consecuencia, sin duda alguna, de la presunción de legalidad y validez de los mismos, cfr. art. 57.1 de la propia LRJ-PAC–, es claro que ADIF, en cuanto a entidad de derecho público, queda obligada a respetar la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011, sin que, por tanto, pueda realizar actuaciones que den lugar a incumplimiento de dicha resolución.

En relación con lo segundo –si la resolución que se examina supone para ADIF obligación concreta en la ejecución del contrato–, ha de tenerse en cuenta el destinatario de la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 y el contenido de la misma.

Quien promovió el procedimiento administrativo decidido por la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 fue la empresa adjudicataria del anterior contrato (S) y, como se ha indicado antes, dicho procedimiento se promovió en solicitud de autorización para la extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, productivas y organizativas, siendo declarada improcedente la autorización. Pues bien, si el destinatario de la resolución de continua referencia fue la empresa adjudicataria del anterior contrato, al haber promovido dicho procedimiento administrativo (existe una correlación pre-

10/11 cisa entre el destinatario del acto administrativo y el promotor del mismo como titular de un derecho o interés legítimo, tal como resulta de la relación entre el artículo 31.1.a) de la LRJ-PAC y el artículo 89.1 de este texto legal), y si lo pedido fue una autorización para la extinción colectiva de contratos de trabajo por las causas indicadas, el sentido de la resolución administrativa de que se trata –improcedencia de la solicitud de despido colectivo o, lo que es lo mismo, denegación de la autorización– sólo puede alcanzar a la empresa que vio desestimada su pretensión (S), pues es la única sobre la que pesa la prohibición (al declararse improcedente la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo) de extinguir colectivamente dichos contratos, que es en lo que se traduce la resolución administrativa de que se trata, sin que, en consecuencia, alcance a ADIF obligación alguna de carácter concreto, derivada de la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011, en la ejecución del contrato.

A lo dicho debe añadirse que, no afectando las relaciones laborales entre los trabajadores de la empresa adjudicataria del contrato a ADIF (cfr., el antes citado apartado V, cláusula 3.1, párrafo primero, del Pliego de Condiciones Particulares para la contratación de servicios mediante procedimiento abierto), pues dichas relaciones laborales sólo conciernen a quienes son partes en las mismas –trabajadores y empresa adjudicataria del contrato–, no cabe entender que la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de continua referencia proyecte su eficacia sobre dicha entidad pública empresarial en el sentido de imponer a la misma concretas y específicas obligaciones en la ejecución del contrato.

Debe, pues, concluirse, en lo que a este primer extremo de la consulta se refiere que la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 no afecta directamente al contrato adjudicado por ADIF a S ni, de otra parte, dicha resolución supone para la citada entidad pública empresarial concreta y específicas obligaciones en la ejecución del contrato.

II. Se solicita informe, en segundo lugar, sobre si el comienzo de la ejecución contractual por parte de la empresa adjudicataria sin ajustarse a las consideraciones contenidas en la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011, podría considerarse causa de resolución del contrato.

Como ha quedado expuesto en el fundamento jurídico precedente, la resolución del Ministerio de Trabajo de continua referencia tiene por destinataria a la empresa S, pues declara la improcedencia del despido colectivo instado por dicha empresa al amparo del artículo 51 del ET al considerar que no concurren en el supuesto examinado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción exigidas al efecto, sino un supuesto de sucesión de empresas con subrogación real que, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del citado ET, no extingue por sí mismo la relación laboral de los trabajadores afectados.

Con independencia de que dicha resolución, cuya firmeza no consta, contenga pronunciamientos que, indirectamente, afecten a la empresa A (y que, en su caso, puedan ser oportunamente invocados por la empresa S en sede jurisdiccional), no puede entenderse que A quede inmediata y directamente obligada a su cumplimiento ni, en consecuencia, cabe considerarse tal incumplimiento como causa de resolución del contrato de servicios celebrado entre A y ADIF.

Cuestión distinta es que la resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de continua referencia se fundamente en normas laborales, más precisamente, en normas laborales de carácter convencional cuyo contenido obligacional resulte aplicable *per se* a la empresa A en la ejecución del contrato de servicios celebrado con ADIF. Se plantea así la cuestión de analizar si constituye causa de resolución del contrato el incumplimiento, por parte de A, de las normas laborales aplicables a la relación contractual que le vincula con ADIF, más concretamente, el incumplimiento de la norma convencional consignada en el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center a que más adelante se hará referencia.

Pues bien, a este respecto debe tenerse en cuenta que el contenido obligacional laboral que asume la empresa adjudicataria en el contrato de servicios celebrado con ADIF se concreta del siguiente modo:

1 Pliego de Condiciones Particulares aplicable a la contratación del servicio de telemarketing de ADIF:

– La cláusula 3.3.1.5 del apartado II del citado Pliego establece una genérica sumisión del contratista a las disposiciones aplicables en materia laboral, al disponer que «el licitador tiene la obligación de someterse a cuantas disposiciones sobre protección y condiciones de trabajo resulten de aplicación en el lugar donde vayan a prestarse los servicios objeto del contrato, debiendo manifestar que ha tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones».

– La cláusula 3.2 del apartado V del citado Pliego de Condiciones Particulares dispone que «en el caso de que los trabajadores que vienen efectuando el servicio objeto del presente Pliego estén sujetos al Convenio de Contratas Ferroviarias o cualquier otro convenio que imponga al adjudicatario la obligación de subrogación, éste deberá tener en cuenta que, a petición de ADIF y en cualquier caso antes de la finalización del presente contrato, estará obligado a proporcionar a la Entidad la información que se le requiera en relación con las obligaciones de los contratos de los trabajadores afectados». Sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán respecto al contenido de esta cláusula en el Fundamento Jurídico III del presente informe, interesa destacar ahora que la misma recoge un mero deber de información del adjudicatario a ADIF respecto de los contratos afectados por los supuestos de subrogación empresarial que, en su caso, hayan de producirse. En consecuencia, dicha cláusula no regula ni impone

10/11 al adjudicatario una obligación de subrogación laboral en las relaciones contractuales de los trabajadores de la anterior adjudicataria que vinieran prestando los servicios objeto del contrato.

– La cláusula 3 del apartado VII del Pliego de Condiciones Particulares regula las causas de resolución del contrato, remitiendo, además de a lo previsto en el propio Pliego, a las causas especificadas en el Pliego de Condiciones Generales para los contratos de servicios de ADIF.

2. Pliego de Condiciones Generales aplicable a los contratos de servicios de ADIF:

– La cláusula 3.14, bajo la rúbrica «Obligaciones laborales, sociales, de seguridad y salud y medio ambiente», dispone en su párrafo primero que «el contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones, presentes y futuras, vigentes en materia laboral, de seguridad social, de seguridad industrial, seguridad vial, de seguridad y salud en el trabajo y de protección y gestión medioambiental. El contratista asumirá los gastos que se deriven del incumplimiento de las normas que se citan anteriormente, pudiendo ADIF paralizar los pagos de las certificaciones hasta que se acredite su abono, sin que esté obligado a abonar intereses de demora por el retraso en el pago de estas certificaciones».

– En la cláusula 3.15 del citado Pliego se dispone que «el contratista se obligará a efectuar los trabajos del contrato por medio del equipo humano reseñado en la documentación técnica presentada para tomar parte en la licitación, si así se requiriera en el Pliego de Prescripciones Técnicas. ADIF en ningún caso asumirá relación laboral ni responsabilidad de especie alguna con el personal dedicado por el contratista a la ejecución del contrato».

– La cláusula 7.3 regula las causas generales de resolución contractual, entre las que, en lo que aquí interesa, se incluye «el incumplimiento de las obligaciones de las partes».

– Por último, la cláusula 1.3 del Pliego de Condiciones Generales regula el orden de prelación de la documentación contractual, declarando aplicable, en todo lo no expresamente previsto en la normativa aplicable (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP– y Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales –LCSE–), los siguientes documentos, por el siguiente orden:

«Primero: El contrato y sus anexos, si los hubiere, entre los que puede figurar:

- Presupuesto
- Cuadro de precios.
- Oferta del contratista.
- Etc.

Segundo: El “Pliego de Condiciones Particulares” correspondiente al servicio contratado o, en su caso, el Pliego-Tipo que sea de aplicación.

Tercero: El presente Pliego de Condiciones Generales.

Supletoriamente será de aplicación del ordenamiento jurídico privado.

(...)».

Remitiendo el pliego de condiciones generales de ADIF al contrato y a sus anexos en primer lugar dentro del sistema de prelación de normas que se declara aplicable a la relación contractual, procede examinar el contenido de los mismos.

3. Contrato entre ADIF y A, y Anexos.

El contrato de servicios de telemarketing suscrito el 20 de septiembre de 2011 entre ADIF y la empresa A dispone en su cláusula segunda lo siguiente:

«El contratista se compromete a realizar, por su cuenta y riesgo, el objeto del contrato al que se refiere la cláusula anterior con estricta sujeción al Pliego de Condiciones Particulares, al Pliego de Prescripciones Técnicas y al pliego de Condiciones Generales, de acuerdo con el orden de prelación previsto.

Igualmente, serán de obligado cumplimiento para el contratista cualesquiera otros documentos que sirvan de base al contrato e integren el mismo, con sujeción asimismo a las ofertas técnica y económica presentadas por el contratista en la licitación, dando su plena conformidad a los referidos documentos mediante la firma del presente contrato en este acto».

La empresa A incluyó en el apartado 4.4.1 de su oferta económica los siguientes compromisos, bajo la rúbrica «Proceso de selección cambio de empresa: Aplicación del artículo 18 Convenio Colectivo»:

«Cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, A fuera la empresa adjudicataria del servicio ADIF se actuará de la siguiente forma:

Atento incorporará al proceso de selección a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, y contratará a los empleados que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios:

– El 90% de la nueva plantilla se integrará con empleados que han estado contratados en la anterior empresa, con idéntico objeto contractual y en principio siempre que hayan estado prestando su trabajo durante más de doce meses en dicha campaña.

– La selección de los trabajadores se realizará mediante la aplicación de un baremo sobre los siguientes factores: 50% de tiempo de prestación

10/11 de servicios en la campaña; 10% formación recibida durante la campaña y 40% selección.

– Para llevar a cabo la contratación de aquel personal que haya prestado sus servicios en la anterior campaña, Atento respetará las condiciones salariales de convenio consolidadas que el empresario haya venido percibiendo antes de producirse el cambio de empresa, es decir, con independencia de los pluses funcionales y de turno, salvo que el empleado en la nueva campaña venga a realizar idénticas funciones y los mismos turnos.

– De la misma forma se respetarán las condiciones salariales extra convenio, pactadas colectivamente con la anterior empresa, siempre que las mismas estén acordadas con una antelación no menor a seis meses a la fecha de la sucesión.

– Se respetará el tiempo y la formación consolidados en la anterior empresa, a los únicos efectos de la promoción profesional, así como de organización del trabajo que corresponde a los responsables del servicio.

– Las posibles modificaciones en la estructura de la nómina, como consecuencia del respeto a las condiciones salariales, no supondrán variación alguna en la naturaleza de los conceptos salariales que venía percibiendo el empleado.

– No habrá periodos de prueba para quienes lleven en la campaña más de un año.»

De todo lo anteriormente expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1.^a Ni el Pliego de Condiciones Particulares aplicable al contrato de servicios que se examina ni el Pliego de Condiciones Generales de ADIF establecen de forma expresa la obligación del contratista que resulte adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la anterior adjudicataria afectos a la prestación del servicio, limitándose a establecer un genérico sometimiento del contratista a la normativa laboral que resulte de aplicación.

2.^a Los Pliegos tampoco regulan como causa específica de resolución contractual el incumplimiento de la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes, ni atribuyen a dicha exigencia la consideración de condición esencial del contrato, a los efectos del artículo 206.g) de la LCSP, aplicable, por razones temporales, a la contratación que se examina [actual art. 223.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre]. El Pliego de Condiciones Generales contempla el incumplimiento de las partes como causa de resolución contractual.

3.^a El Pliego de Condiciones Generales de Contratación establece un sistema de prelación normativa en los contratos de ADIF en el que, además de lo dispuesto en la LCSE y en la LCSP, resulta de aplicación

preferente el contrato y sus anexos, entre los que se incluye la oferta del contratista.

4.^a El contrato atribuye expresamente fuerza obligacional al contenido de la oferta económica y técnica presentada por el contratista, siendo así que la empresa Atento incluye, en el apartado 4.4.1 de su oferta, una reproducción prácticamente literal del artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center, que regula la subrogación laboral en los supuestos de cambios de las empresas que prestan los servicios de Contact Center a terceros, asumiendo de esta forma la empresa adjudicataria en su oferta el compromiso formal de someterse a la referida obligación de subrogación laboral.

Pues bien, siendo clara la asunción por la empresa adjudicataria del compromiso de subrogación laboral impuesto por el Convenio Colectivo aplicable, considera este Centro Directivo que el incumplimiento de dicha obligación no puede considerarse causa de resolución contractual, y ello por los razonamientos que seguidamente se exponen.

Una de las novedades que incorporó el artículo 206 de la LCSP frente a la anterior regulación (art. 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) es la exigencia de que el incumplimiento del contratista, para ser causa de resolución del contrato, afecte a obligaciones contractuales esenciales que, además, hayan sido calificadas como tales en los pliegos o en el contrato [apartado g) del artículo 206 de la LCSP]. El precepto recoge la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado con arreglo a la cual no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar su resolución, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento grave o cualificado, habida cuenta de que la resolución es la consecuencia más grave que puede derivarse de dicha circunstancia. Y, en aras de la seguridad jurídica, exige al órgano de contratación que atribuya *ex ante* en los pliegos o en el contrato la condición de esenciales a aquellas obligaciones cuya contravención se considere de entidad suficiente como para dar lugar a la resolución contractual.

En el supuesto que se examina, el Pliego de Condiciones Generales de ADIF regula el incumplimiento contractual como causa de resolución del contrato y atribuye al contrato y a sus anexos (entre los que se incluye la oferta económica y técnica del contratista) un carácter preferente (excluidas la LCSP y la LCSP) en el sistema de prelación normativo aplicable al contrato, pudiendo plantearse, desde un punto de vista hipotético, si el incumplimiento de la obligación de subrogación laboral asumida por el adjudicatario en su oferta podría ser causa de resolución contractual, al implicar un incumplimiento de una de las obligaciones expresamente asumidas por el contratista en su oferta.

Este Centro Directivo considera que, de acuerdo con la normativa aplicable al presente contrato [art. 206.g) de la LCSP, cuya aplicación ha

10/11 de prevalecer en todo caso sobre lo dispuesto en los Pliegos], para que el incumplimiento de la obligación de subrogación laboral –que indudablemente asume el adjudicatario en su oferta– fuera causa de resolución contractual, debería haberse atribuido expresamente a dicha obligación en los pliegos o en el contrato la consideración de condición esencial, lo que no se ha hecho. Entender otra cosa sería atribuir al Pliego de Condiciones Generales de ADIF –que regula como causa de resolución el genérico incumplimiento de las partes– una virtualidad superior a la admitida por la LCSP, que en aras de la seguridad jurídica exige al órgano de contratación explicitar en el pliego o en el contrato las obligaciones que se consideraran esenciales a efectos de fundamentar una eventual resolución contractual.

En consecuencia, la empresa A, que está obligada a asumir la subrogación laboral de continua referencia tanto por resultar así del Convenio Colectivo aplicable como por haber asumido expresamente dicho compromiso frente al ADIF, podrá ser compelida incluso judicialmente a su cumplimiento, pero la contravención de dicha obligación no puede considerarse, con arreglo a Derecho, causa de resolución contractual.

Por todo lo expuesto, se considera conveniente que, de cara a la aprobación de nuevos Pliegos de Contratación de ADIF, se incluya expresamente en ellos tanto la obligación del contratista adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales que vengan impuestas por los Convenios Colectivos aplicables, como que dicha obligación tiene consideración de condición esencial cuyo incumplimiento constituye causa de resolución a los efectos del actual artículo 223.f) del TRLCSP.

III. La tercera y última cuestión sobre la que se solicita informe se refiere a si puede entenderse que ADIF haya incurrido en responsabilidad con la adjudicataria A por no haber proporcionado a los licitadores la información concreta a la que se refiere el artículo 104 de la LCSP, a cuyo tenor:

«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.»

Del examen del Pliego de Condiciones particulares se desprende que, efectivamente, ADIF no ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 104 de la LCSP, pues no existe ninguna previsión en el Pliego (ni en

documentación complementaria) que informe de los contratos de trabajos afectados por la subrogación impuesta por el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center. En este sentido, la cláusula 3.1 del apartado V del Pliego de Condiciones Particulares (o en documentación complementaria) se limita a imponer al adjudicatario la obligación de proporcionar a ADIF, a requerimiento de éste, información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación, información que ADIF debería haber reclamado a S y comunicado a los licitadores mediante su inclusión en el Pliego de Condiciones Particulares, que sin embargo nada dice al respecto.

Constatada la falta de cumplimiento por parte de ADIF del mandato legal contenido en el artículo 104 de la LCSP, procede examinar las consecuencias que de dicha omisión se desprenden, cuestión sobre la que se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en el informe de 26 de febrero de 2009 (Ref. 58/2009), en el que se formulan las siguientes consideraciones jurídicas:

«1. La cuestión planteada se refiere al tratamiento que debe darse a la obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes que puede incumbir al adjudicatario de un contrato, cuando en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se hubiera previsto nada al respecto.

2. En primer lugar debe ponerse de manifiesto que la Ley de Contratos del Sector Público sólo contiene un precepto relacionado con la materia. El artículo 104 de conformidad con el cual “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”.

Sin embargo, como se aprecia, el precepto indicado se limita a establecer la obligación de información sobre la materia pero no contiene una regulación de la misma que se pueda considerar propiamente tal.

Por otra parte, ni el artículo 99 de la Ley ni el 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contienen disposición alguna relativa al tema objeto de este dictamen.

Esto es lógico, puesto que la obligación de subrogación no tiene su origen en los documentos contractuales por cuanto éstos establecen los derechos y obligaciones que derivan de la relación contractual para las partes, pero, lógicamente, no pueden contener estipulaciones que afecten a los derechos y obligaciones de terceros, como son en este caso los trabajadores afectos al servicio objeto del contrato.

La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate.

Consiguientemente, la falta de previsión en los pliegos respecto de tal obligación no debe afectar en absoluto a su exigibilidad puesto que ésta deriva de una norma general aplicable a todos los que actúan en el sector. En efecto, su origen está en la norma o convenio que la establece, y no en la relación contractual para cuya ejecución son instrumentos necesarios los contratos de trabajo sujetos a la obligación de subrogación.

(...)

3. En la exposición que hace la consulta de la cuestión planteada indica que al no establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación de que venimos hablando, podría entenderse que la Administración contratante adjudicó el contrato en contravención de la norma y, en consecuencia, ésta pudiera ser nula.

De lo argumentado en el apartado anterior se deduce, sin embargo, que no existe causa de nulidad ni de la adjudicación ni del contrato mismo que se pueda fundar en la falta de inclusión de la mencionada obligación en los pliegos. Y ello, porque la fuerza obligatoria de la misma deriva de la norma o convenio que la recoja y es, por tanto, exigible con independencia de que se especifique o no en el pliego. Pero al mismo tiempo que no afecta a la exigibilidad, la no inclusión tampoco afecta a la validez de la adjudicación y, por consiguiente, a la del contrato.

Mucho menos se puede entender que la falta de inclusión hubiera podido ser determinante a la hora de adjudicar el contrato a un determinado licitador, pues, por su propia naturaleza, tal exigencia no se puede considerar como un criterio de adjudicación legalmente válido, ni cabe considerar que de haber figurado en el pliego la oferta del adjudicatario habría variado, pues éste debe conocer necesariamente el contenido tanto de las normas como de los convenios colectivos vigentes en su sector de actividad.»

Con base en las anteriores consideraciones jurídicas, en el informe 58/2009 la JCCA concluye que «El hecho de no incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deban regir la adjudicación y ejecución de un contrato de la obligación que pueda afectar a la empresa adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo preexistentes para la ejecución del contrato de cuya adjudicación se trate, no es obstáculo para la exigencia del cumplimiento de la misma cuando esté establecida en normas o convenios que sean de aplicación al sector».

Del informe de la JCCA parcialmente transcrito se desprende que la falta de mención en los pliegos de la información prevista en el artículo 104 de la LCSP, cuando dicha información sea exigible, no es causa de nulidad de la resolución de adjudicación ni tampoco del contrato

mismo, ni permite al contratista eludir el cumplimiento de la obligación de subrogación laboral cuando dicha subrogación venga impuesta en norma legal o en convenio colectivo, como es el caso.

Nada se indica en el informe de la JCCA sobre la eventual responsabilidad en que la entidad contratante pudiera incurrir frente al adjudicatario por los daños y perjuicios derivados de la falta de inclusión en los pliegos de la información relativa a los contratos laborales afectados por la subrogación.

Con carácter general cabe señalar que un deber de diligencia medio impone a todo empresario la obligación de conocer y aplicar la normativa laboral y los convenios colectivos relativos al sector o ámbito específico al que se refiere su actividad empresarial. Como ha señalado la JCCA en el informe antes citado, la inclusión o no en los pliegos por el órgano de contratación de la información prevista en el artículo 104 de la LCSP no afecta al sometimiento de los empresarios a las previsiones recogidas en el convenio colectivo aplicable, sometimiento que no deriva de los pliegos ni del contrato administrativo, sino de la normativa laboral al que el empresario está sujeto y que tiene obligación de conocer y aplicar.

Siendo esto así, lo cierto es que el artículo 104 de la LCSP impone a los órganos de contratación una obligación de información que tiene por objeto garantizar que los licitadores conozcan antes de formular sus ofertas el alcance de las obligaciones laborales impuestas en la normativa laboral en el concreto supuesto al que se refiere la licitación, esto es, el número de contratos afectados y las concretas condiciones de la subrogación que el convenio colectivo impone al nuevo adjudicatario, circunstancias todas ellas de entidad suficiente como para determinar el contenido de las ofertas e incluso la voluntad o no de concurrir a la licitación.

Así las cosas, desde un punto de vista hipotético cabría plantear una eventual responsabilidad del órgano de contratación que no da cumplimiento en los pliegos a lo dispuesto en el artículo 104 de la LCSP cuando pueda acreditarse razonablemente que, de haber conocido las condiciones de la subrogación que la adjudicación conlleva, el adjudicatario no habría concurrido a la licitación o, de haberlo hecho, el contenido de su oferta habría sido sustancialmente distinto.

Ahora bien, en el caso a que se refiere el presente informe la oferta presentada en su día por el adjudicatario presupone su pleno conocimiento del contenido del artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center y de las concretas condiciones aplicables a la subrogación laboral que en dicho Convenio se contempla, por lo que no cabe considerar que la falta de mención en los pliegos a la información prevista en el artículo 104 de la LCSP ha podido inducir a error al adjudicatario ni, consecuentemente, causarle perjuicio alguno, siendo así que si el adjudicatario, conocedor del contenido del artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal aplicable, albergaba alguna duda sobre su concreto alcance al tiempo de

10/11 formular su oferta, debería haber solicitado del órgano de contratación las aclaraciones pertinentes.

Ello no obsta para que, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de la legalidad vigente, los pliegos que ADIF apruebe en lo sucesivo cumplimenten, cuando sea procedente, el deber de información que incumbe a los órganos de contratación en virtud de los artículos 120 y 137 del TRLCSP (arts. 104 y 121 de la LCSP).

En consideración a todo lo expuesto, la Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. La resolución del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 29 de noviembre de 2011 no afecta directamente al contrato adjudicado por ADIF a la sociedad «S., S.A.» ni, de otra parte, dicha resolución supone para la citada entidad pública empresarial concreta y específicas obligaciones en la ejecución del contrato.

Segunda. De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico II del presente informe, cabe concluir que el incumplimiento por la empresa adjudicataria de la obligación de subrogación laboral impuesta por el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Contact Center no constituye causa de resolución contractual, por no haberse atribuido en los pliegos ni en el contrato a dicha obligación la consideración de condición esencial del contrato, a los efectos del artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [art. 223.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre].

Tercera. La falta de inclusión en los pliegos del ADIF de la información a la que se refiere el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, (actual art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) no implica la nulidad de la adjudicación ni del contrato, ni exime al adjudicatario de cumplir la obligación de subrogación laboral impuesta por convenio colectivo. El conocimiento de la obligación de subrogación laboral que la empresa adjudicataria explicita en su oferta excluye cualquier responsabilidad de ADIF a este respecto, todo ello sin perjuicio de que, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de la legalidad vigente, se considere conveniente que los pliegos que ADIF apruebe en lo sucesivo cumplimenten, cuando sea procedente, el deber de información que incumbe a los órganos de contratación en virtud de los artículos 120 y 137 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 104 y 121 de la Ley de Contratos del Sector Público).