

INFORME 5/02, de 22 de mayo de 2002
CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.
SUBCONTRATACIÓN. CESIÓN PARCIAL DEL CONTRATO.

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Interior dirige escrito a la Junta Consultiva del siguiente tenor:

“De acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1 y 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la comunidad autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, y el artículo 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, se solicita informe sobre la viabilidad de la solicitud presentada en esta Consellería, el día 12 de marzo (se adjunta copia), por el representante de la UTE “IDUS de Comunicación, SA y Sampol Ingeniería y Obras”, actual adjudicataria del Contrato de gestión de servicios públicos modalidad, concesión del sistema integrado de emergencias 112 de las Illes Balears, donde solicita autorización para que la contratación y la gestión de recursos humanos del personal laboral asignado al SEIB112 sea efectuada por una sociedad filial de las dos entidades, adjuntándose el informe jurídico preceptivo.

Así mismo y a título informativo, le adjunto documentación relativa a la problemática surgida con relación al tema de la subrogación del personal, incluyendo informe de la Inspección del Trabajo.”

Entre la documentación aportada figura la solicitud efectuada por la empresa adjudicataria del contrato cuya transcripción literal es la siguiente:

“Me dirijo a Vd. en mi calidad de representante legal y gerente único de la Unión temporal de empresas arriba indicada, adjudicataria del contrato de gestión de servicio público del sistema integrado de emergencias 112 de las Islas Baleares para solicitar autorización a fin de que la contratación y gestión de los recursos humanos del personal laboral asignado al SEIB 112 sea efectuada por una sociedad filial de las dos entidades integrantes de la Unión Temporal de Empresas, es decir una sociedad constituida por (IDUS DE COMUNICACIÓN, SA Y SAMPOL INGENIERIA Y OBRAS SA.) denominada “112, Emergencia y Asistencia, SA. con CIF... ”

En el informe jurídico que acompaña al escrito de la Secretaria General Técnica, se concluye con las siguientes dudas jurídicas:

“No obstante lo anteriormente expuesto se suscitan las siguientes dudas por lo que se recomienda solicitar informe al respecto a la Junta Consultiva de Contratación sobre:

1- Si al entender de la Junta Consultiva de Contratación (JCC) la solicitud del adjudicatario relativa a la posibilidad de que una sociedad filial de las dos entidades integrantes de una UTE pueda llevar a cabo la contratación y gestión de los recursos humanos de la misma, podría reconducirse a la figura de la cesión o de la subcontratación antes citadas.

2- Si no se considera la posibilidad citada en el punto anterior, si se podría encuadrar esa situación en alguna otra figura jurídica conocida.

3. Finalmente, y en caso de que la pretensión solicitada por la UTE se hiciese efectiva, sin autorización de esta administración, confirmar que nos encontraríamos ante un incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por el adjudicatario contratista de subrogar al personal con el mantenimiento de las condiciones según lo establecido en la mencionada cláusula del pliego de condiciones administrativas particulares.”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

Se cumplen todos los requisitos de admisibilidad al efectuarse la solicitud por quien tiene competencia para ello y realizarse en la forma prevista en el Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta y en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997 (BOCAIB nº 133, de 25-10-1997).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Se plantea la cuestión de la viabilidad de una petición, que realiza el adjudicatario de un contrato de gestión de servicios públicos, para que autorice “la contratación y la gestión de los recursos humanos” asignados para la ejecución del contrato, a una persona jurídica distinta de la adjudicataria.

La información suministrada no comprende ni aclara todos los aspectos que puede suscitar el problema, pero habida cuenta de que esta Junta ya emitió el informe 12/01, de 16 de julio de 2002, referido al mismo contrato donde ahora, de nuevo, surgen interrogantes, y al que se aportaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, se procurará dar una respuesta de carácter genérico que pueda coadyuvar a la decisión que, sin ninguna duda, corresponde tomar al órgano de contratación.

Por otra parte, también se acompaña a la solicitud del presente informe una serie de documentos sobre la *“problemática surgida con relación al tema de la subrogación del personal”*, si bien se indica que tal aportación es meramente *“a título informativo”*.

De esta documentación y del contenido de los pliegos se puede establecer una premisa que tiene incidencia de manera directa en la pretensión de la empresa adjudicataria, esto es, “que la empresa adjudicataria está obligada a subrogarse en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular del contrato”, y esta garantía establecida en los pliegos como obligación particular del contratista y en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general, legal y obligatorio (art. 44), podría verse alterada si las relaciones laborales *“sufriesen”* otra subrogación a la nueva empresa, configurada como filial de la adjudicataria, que no participó en el procedimiento de licitación, y a la que no se exigieron los requisitos de solvencia que tuvo que acreditar la adjudicataria.

Sólo la cesión del contrato, a diferencia de la subcontratación, requiere que el cesionario tenga la misma solvencia que se exigió al adjudicatario según el art. 114.2.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) (LCAP), pero teniendo en cuenta que en el apartado b) de dicho precepto se fija como condición para que la cesión tenga lugar, en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, que la explotación del mismo haya sido realizada al menos en una quinta parte del tiempo de duración, lo que no ha ocurrido todavía, (cláusula V.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares y 2.1 del de prescripciones técnicas), y que la supuesta cesión sería sólo de parte del contrato lo que equivaldría a tener dos adjudicatarios cosa no prevista en los pliegos, se ha de entender que no cabe la utilización de la figura de la cesión en el presente caso.

Además, la cesión precisa, según el apartado a) de dicho art. 114, que el órgano de contratación la *“autorice expresamente y con carácter previo”*; autorización para la que la Administración es totalmente libre, como así tiene dicho el Tribunal Supremo (sentencia de 20 de abril de 1992: *“según tenga por conveniente”*), negando la corriente doctrinal que conceptuaba regladas las facultades de la Administración para ello.

SEGUNDA. En cuanto a la posibilidad de que se haga una subcontratación de la ejecución parcial del contrato, consistente en que por el subcontratista se asuman las contrataciones y gestión de recursos humanos del personal laboral asignado al sistema integrado de empresas 112 de las Illes Balears (SEIB 112), tampoco parece viable dado que el art. 170 de LCAP dispone que:

“En el contrato de gestión de servicios públicos la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias”, y aunque en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula V.8) se admite la subcontratación, se especifica que se hará: “...de acuerdo con el artículo 170 del TRLCAP.”

No cabe duda de que el elemento humano en el presente contrato no es accesorio sino parte esencial de la prestación, ampliamente contemplado en el pliego de prescripciones técnicas, sin el cual y sin su preparación, formación y especialización, se hace imposible el cumplimiento del objeto del contrato.

TERCERA. Por último, con relación a las dudas que se plantean en el punto 3º del informe jurídico que acompaña a la solicitud de la Secretaria General Técnica, acerca de si podría considerarse *“un incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por el adjudicatario contratista de subrogar al personal...”*, en el caso de que la UTE hiciese efectiva la pretensión solicitada sin la autorización de la Administración, cabe indicar que por lo antes expuesto es evidente que si se produce una cesión parcial del contrato se vulnerarían los subapartados a) y b), del apartado 1, del artículo 114 de la LCAP, dando lugar a la causa de resolución del contrato recogida en el apartado g) del art. 111 de la misma.

Por el contrario, la subcontratación sólo sería causa de resolución si se hiciese contraviniendo lo que dispone el art. 170 de LCAP en concordancia con lo argumentado en la consideración jurídica anterior, sin que sea precisa la previa autorización sino bastando la comunicación al órgano de contratación conforme a lo previsto en el art. 115.2 de la LCAP.

Se ha de aclarar que los incumplimientos a que nos estamos refiriendo lo son de normas de contratación administrativa y que el alcance y contenido de la subrogación del personal es materia propia del orden laboral, ajeno al conocimiento asesor de la Junta Consultiva.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, esta Junta consultiva entiende:

1). Que corresponde al órgano de contratación decidir la autorización solicitada por la empresa adjudicataria de un contrato de gestión de servicios públicos, sobre la posibilidad de contratar y gestionar los recursos humanos mediante otra empresa distinta, filial de la adjudicataria.

2). Que la cesión parcial del contrato o la subcontratación de este aspecto de la prestación infringiría lo previsto en los artículos 114 y 170, respectivamente, de la LCAP y los pliegos que rigen el contrato.