



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 7 de septiembre de 2016, ha examinado el *expediente de resolución de contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.L.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

### **I**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

El día 10 de agosto de 2016, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de resolución del contrato suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.L. referente al servicio de celaduría y labores complementarias en las instalaciones municipales.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de agosto de 2016, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 352/2016, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

**Primero.-** Mediante Resolución de la Alcaldía de 10 de diciembre de 2015 se aprueban el expediente de contratación, el gasto y los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante PPT), que han de regir el contrato, sujeto a tramitación anticipada, mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación

para el servicio de celaduría y labores complementarias del Ayuntamiento de xxxx.

Por Resolución de la Alcaldía de 14 de marzo de 2016 se adjudica el contrato a la empresa qqqq, S.L. y éste se formaliza el 20 de abril.

**Segundo.-** El 29 de abril el Ayuntamiento envía un correo electrónico a la empresa adjudicataria en el que se le requiere que remita, por la misma vía, antes de las 13.00 horas de dicho día, la documentación justificativa de la subrogación de los trabajadores de la empresa que venía prestando el servicio ante los indicios manifiestos de un posible incumplimiento de esta obligación impuesta el PCAP.

En esa misma fecha se recibe un correo electrónico de la empresa adjudicataria en el que expone que no procede la obligación de subrogación del personal adscrito en la actualidad a este servicio en virtud de lo dispuesto en la cláusula 19ª del PCAP: "De conformidad con lo establecido en el art. 120 del TRLCSP se advierte que en el supuesto de que el convenio colectivo de aplicación prevea la subrogación del personal, se estará a lo establecido en el citado convenio colectivo de aplicación. Por parte de la empresa contratista se deberá respetar lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en el convenio colectivo de aplicación. La relación del personal a subrogar se encuentra detallada en el Anexo III".

La empresa señala que no resulta aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que el personal al que se refiere no está sujeto a convenio colectivo alguno, por lo que no hay obligación de subrogar al personal del servicio recogido en el Anexo III del PCAP.

**Tercero.-** El 29 de abril el secretario municipal emite informe propuesta de suspensión de inicio de ejecución del contrato por un período de dos meses y pone de manifiesto distintos incumplimientos del contrato tales como la no subrogación en el personal del anterior contratista, la no presentación de la póliza de seguros señalada en la cláusula 17ª del PCAP, así como tampoco del programa de trabajo de la empresa para ser aprobado por los servicios municipales, de acuerdo con lo establecido en el apartado 5 del PPT sobre horarios y organización del trabajo.

Por Resolución de la Alcaldía de esa misma fecha se acuerda la suspensión del inicio de ejecución del contrato.

**Cuarto.-** El 21 de junio de 2016 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento un escrito de la empresa adjudicataria en el que pone de manifiesto su intención de iniciar el cumplimiento del contrato el día 1 de julio de 2016 y adjunta el plan de trabajo, el seguro de responsabilidad civil y su justificante de pago.

**Quinto.-** Mediante Resolución de la Alcaldía de 24 de junio se incoa el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento del contratista al no subrogarse en el personal del contratista anterior, según lo dispuesto en la cláusula 19ª del PCAP y en el apartado 5 del PPT, y se da trámite de audiencia a éste por un plazo de diez días naturales.

**Sexto.-** Por Decreto de la Alcaldía de 28 de junio se acuerda mantener la suspensión de inicio de ejecución del contrato hasta la finalización del procedimiento de resolución.

**Séptimo.-** El 11 de julio la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que no existe obligación de subrogar a los trabajadores del anterior contratista, ya que no se dan los supuestos para ello: no existe una sucesión de empresas, ni una sucesión de plantillas ni sucesión *ex convenio*. Asimismo, no se dan las circunstancias establecidas en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRSCSP), pues los PCAP no pueden introducir una cláusula de subrogación de personal imponiendo así al contratista obligaciones de carácter laboral.

**Octavo.-** Por Resolución de la Alcaldía de 5 de agosto de 2016 se contesta a las alegaciones efectuadas por el contratista en el sentido de que procede establecer la subrogación contractual en las relaciones laborales, aun en los casos en que no exista obligación legal o convencional, y que dicha obligación surge por estar establecida en los pliegos de condiciones de la contrata, en virtud del principio de libertad de pactos del artículo 25 del TRLCSP. Se acuerda la resolución del contrato al resultar de aplicación la letra f) del artículo 223 del TRLCSP: "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato",

al incumplir la adjudicataria con la obligación de subrogación en el personal del anterior contratista en virtud de lo dispuesto en la cláusula 19ª del PCAP y apartado 5 del PPT. En la misma Resolución se suspende el plazo para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del dictamen del Consejo Consultivo y su emisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se procede a la incautación de la garantía definitiva por importe de 19.411,00 euros y se concede trámite de audiencia al avalista.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## **II CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero 2.f), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

La preceptividad del dictamen deriva también de la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas.

**2ª.-** La normativa aplicable que rige el contrato viene determinada, por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRSCSP), por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), y por el resto de disposiciones aplicables, entre las que se encuentran las referentes al régimen local.

**3ª.-** La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, en el presente caso, al

Alcalde de xxxx, conforme disponen los artículos 210 del TRLCSP y 109 RGLCAP.

Del mismo modo, el artículo 114.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, dispone que "El órgano de la Entidad Local competente para contratar según la Ley ostenta también la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento. Igualmente, podrá modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente".

**4ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento iniciado por el Ayuntamiento de xxxx, para acordar la resolución del contrato referente al servicio de celaduría y labores complementarias en las instalaciones municipales, adjudicado a la empresa qqqq, S.L.

En cuanto al procedimiento administrativo seguido para la resolución de los contratos el artículo 211.2 del TRLCSP dispone que deberá darse audiencia al contratista, y el artículo 109.1 del RGLCAP establece que: "1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

»a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

»b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

»c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

»d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

»2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes

de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

En el supuesto que se dictamina existe una infracción procedimental en cuanto que se ha dictado la propuesta de resolución antes de dar trámite de audiencia al avalista, por lo que la citada propuesta de resolución se ha adoptado sin tomar en consideración las alegaciones que éste pudiera formular.

A la vista de que el trámite de audiencia fue cumplimentado de forma defectuosa por el Ayuntamiento, debe analizarse el alcance de dicha irregularidad y las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

En primer lugar debe señalarse que no toda irregularidad en el trámite de audiencia implica la nulidad de las actuaciones, sino que dicha consecuencia únicamente tendrá lugar en los supuestos en que se haya producido una efectiva indefensión, lo que ocurre si realmente ha existido una ignorancia de los motivos en que se funda la actuación administrativa.

Por ello, que la indefensión no se produce cuando el interesado ha tenido ocasión de alegar en vía administrativa todo lo que ha considerado oportuno.

En el presente supuesto no se ha producido tal indefensión, ya que el avalista no ha formulado alegaciones y ha tenido conocimiento de las causas alegadas como incumplimiento del contratista en la propuesta de resolución que se le ha notificado.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, cabe señalar que la intervención del Consejo Consultivo en un caso como el presente, ha de centrarse en examinar la concurrencia de la causa de resolución alegada y si este incumplimiento puede considerarse imputable al contratista.

Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, expresiva de que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, a parte la presunción de legalidad de los actos que realizan las Administraciones Públicas dentro de sus competencias, tal y como se señala en las Sentencias de 10 de febrero de 2001, 27 de abril de 2000 y 27 de mayo y 6 de marzo de 1999, entre otras.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 ha declarado que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación". Más aún, dice la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales "sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas", pues, como añade esta misma sentencia, "lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista".

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración ha mantenido, ya desde su Dictamen nº 41.941, de 1 de marzo de 1979, que "la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida". En su Dictamen nº 42.000, de 22 de febrero de 1979, mantiene además que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas".

Por consiguiente, habrá de ponderarse, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, sin que pueda caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

La Administración considera como causa de resolución del contrato la contenida en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato", ya que la empresa adjudicataria no ha procedido a la

subrogación en el personal del contratista anterior.

La cláusula 19ª del PCAP establece que: "De conformidad con lo establecido en el artículo 120 del TRLCSP se advierte que en el supuesto de que el convenio colectivo de aplicación prevea la subrogación del personal se estará a lo establecido en el citado convenio colectivo de aplicación. Por parte de la empresa contratista se deberá respetar lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en el convenio colectivo de aplicación.

»La regulación del personal a subrogar se encuentra detallada en el Anexo III".

Por su parte el apartado 5 del PPT señala que el adjudicatario estará obligado a subrogar al personal adscrito actualmente en el servicio, el personal a subrogar se especifica en el Anexo 1.

El artículo 120 del TRLCSP dispone que "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

De lo expuesto cabe concluir que la obligación de subrogar al personal que viene prestando el servicio debe de venir impuesta por el convenio colectivo aplicable en cada caso.

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 encuentran vigentes en el sector de la actividad laboral de que se trate. Así, los convenios colectivos de determinados sectores de actividad incluyen entre sus previsiones la obligación de que, al término de



una contrata, el personal de la empresa saliente pasará a estar adscrita a la nueva empresa titular de la misma, quien deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocido en su anterior empresa.

Así mismo, la obligación de subrogarse en las relaciones laborales no puede incluirse en el concepto de sucesión en la empresa que regula el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, toda vez que la sucesión en la empresa requiere la transmisión de toda una serie de elementos organizativos que le doten de individualidad y no una mera subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato.

Si bien, hay que tener en cuenta la doctrina formulada en la Sentencia de 25 de marzo de 2015 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, recaída en el recurso 188/2013, que señala que "En el ámbito de la subrogación en las relaciones laborales es posible diferenciar tres supuestos: la subrogación legal, la subrogación convencional y la subrogación contractual:

»1.- La subrogación legal viene establecida en el art. 44 del Estatuto de los trabajadores y procede cuando se transmite 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'.

»2.- La subrogación convencional se produce cuando dicha subrogación se establece por la vía de un convenio colectivo estatutario, y será exigible en los términos exigidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación.

»3.- La subrogación contractual. En estos casos no existe obligación legal o convencional, pero la obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en su caso, del pliego de condiciones de la contrata.

»Pues bien, mientras la subrogación legal y la convencional son obligatorias para las empresas y los trabajadores; cuando se trata de una subrogación convencional, el pacto entre la Administración y el nuevo

contratista no puede ser obligatorio para el trabajador. Pues como razona con acierto el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005 este tipo de cláusulas 'supone, de facto, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato”.

De lo expuesto se pone de manifiesto que una cosa es que conforme al dictamen de la Abogacía del Estado no pueda imponerse la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones la subrogación, como obligatoria para el nuevo adjudicatario, en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo, si bien condicionada a la aceptación de los trabajadores. En otras palabras, la subrogación es obligatoria para el adjudicatario en relación con aquellos trabajadores que manifiesten su aceptación.

Así pues, es válida la cláusula de subrogación establecida en los pliegos que rigen la contratación, si bien, para determinar si en el presente caso ha existido un incumplimiento del contratista de dicha obligación, a efectos de proceder a la resolución del contrato, es preciso realizar un análisis de los términos en los que están redactadas las cláusulas referentes a la subrogación.

En la cláusula 19ª del PCAP se hace una referencia explícita a que se procederá a la subrogación siempre que el convenio colectivo de aplicación así lo prevea. Por lo tanto en este caso la posibilidad subrogación, a pesar de estar determinada en el pliego, se supedita a su previsión en el convenio colectivo que resulte de aplicación, por lo que deberá estarse a lo que en él se disponga. Así pues, la obligación de subrogación es convencional, pues se produce cuando así se prevea en el convenio colectivo estatutario, y será exigible en los términos exigidos por éste y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación.

En el apartado 5 del PPT se establece la subrogación obligatoria del personal adscrito actualmente al servicio. Esta obligación se impone al contratista en el apartado referente los horarios y organización del trabajo habituales.

Existe una incongruencia en relación con ambas cláusulas (19ª del PCAP

y 5 del PPT) en cuanto a que en la primera la subrogación del personal se remite a su previsión en el convenio colectivo y la segunda a su obligatoriedad de forma general. Así mismo, en la cláusula 19ª del PCAP se dispone que la relación del personal a subrogar se encuentra detallada en el Anexo III, mientras que en el apartado 5 del PPT se dispone que el personal a subrogar se especifica en el Anexo 1, anexo que no existe en los pliegos.

Esta contradicción conduce a la aplicación de la doctrina de interpretación de los contratos en el supuesto de la existencia de cláusulas ambiguas.

Al respecto cabe señalar que, tal y como ha determinado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (*a.e.*, Resoluciones 166/2013, 173/2014, 293/2014, 13/2015 y 809/2015), "si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudir al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que 'la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad'. Cuando, como es el caso, los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego, 'en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación'".

Por todo ello cabe concluir que no se ha incumplido por el adjudicatario con la obligación impuesta en el PCAP, y no procede, por tanto, la resolución del contrato, máxime cuando tampoco en los pliegos se ha especificado que la obligación de subrogar se configura como una obligación contractual esencial, cuyo incumplimiento daría lugar a la resolución del contrato.

Así pues, al no darse la causa contenida en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP no procede la resolución del contrato, así como tampoco la incautación de la garantía definitiva.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede resolver el contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y yyyy, S.L. referente al servicio de celaduría y labores complementarias en las instalaciones municipales.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.