

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2019 (rec.702/2016)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 847/2019

Fecha de sentencia: 18/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 702/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: T.S.J. de Madrid, Secc. 3ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 702/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 847/2019

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 18 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto ha visto el presente recurso de casación que con el número 702/2016 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador doña Olga Catalina Rodríguez Herránz, en nombre y representación de Munda Ingenieros S.L., contra *sentencia de 9 de diciembre de 2015, dictada en el procedimiento ordinario número 562/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera*, sobre el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que ha de regir el expediente de contratación "Servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos"; siendo parte recurrida la Universidad Rey Juan Carlos, representada por el procurador don Ignacio Aguilar Fernández, y Navalservices, S.L., representada por el procurador don Pablo Trujillo Castellano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *T.S.J. de Madrid se ha seguido Recurso contencioso-administrativo 562/2014*, promovido por la procuradora doña Olga Catalina Rodríguez Herranz en representación de Munda Ingenieros S.L., contra el acuerdo de 30 de julio de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por el que se desestima el recurso interpuesto por la recurrente contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que ha de regir el expediente de contratación "Servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos".

SEGUNDO.- La *sentencia de 9 de diciembre de 2015* contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "Que desestimamos en su integridad el Recurso contencioso-administrativo promovido la mercantil Munda Ingenieros, S.L. contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 30 de julio del año 2014, reseñada en el Fundamento de Derecho Primero, imponiendo las costas a la parte recurrente con los límites del último Fundamento de Derecho."

TERCERO.- Notificada la anterior resolución, la representación procesal de Munda Ingenieros S.L. presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación de fecha 22 de febrero de 2016 la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo por plazo de 30 días.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de

interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación contra la referida sentencia y que previos los trámites legales la Sala dicte sentencia "La revocación de la sentencia de la Sala y, por tanto, la anulación y deje sin efecto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas y demás documentos contractuales del Expediente 2014/014 SERAP, debiéndose ofertar otro concurso de las mismas características en el que se incluya dentro de sus cláusulas una que establezca la obligatoriedad de la subrogación del personal existente al momento en que finaliza el anterior expediente y entra en vigor el nuevo. el 1 de octubre de 2014, y que está adscrito al Servicio de Auxiliares de Servicio de la Universidad Rey Juan Carlos, y si se considera que no procede su anulación, por cuanto el resto de clausulado se considere correcto y ajustado a Derecho, que se modifique el que fue publicado y aprobado, en el sentido de incluir una nueva cláusula, o incluso se modifique el que ha sido publicado y aprobado, en e sentido de incluir una nueva cláusula, o incluso que e modifique la cláusula 27 referente al Personal, en el sentido indicado de que se establezca la obligatoriedad de la Subrogación del personal existente y que estaba adscrito al Servicio de Auxiliares de Servicio de la Universidad Rey Juan Carlos, con expresa imposición de costas a las entidades demandadas".

QUINTO. - Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, por esta Sala se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma el procurador don Pablo Trujillo Castellano en nombre y representación de Navalservice S.L. impugnando los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte en su día sentencia "[...]dictándose en su día sentencia, en la que se desestime el Recurso de Casación Contencioso-Administrativo interpuesto por MUNDA INGENIEROS S.L., con expresa condena en costas".

Asimismo, el procurador don Ignacio Aguilar Fernández en nombre y representación de Universidad Rey Juan Carlos, formuló oposición al recurso de casación impugnando los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte en su día sentencia: "[...]la cual desestime el recurso de casación interpuesto por la entidad Munda Ingenieros, S.L. frente a la *sentencia dictada el 9 de diciembre de 2015 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid* ".

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 12 de junio del presente año 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Munda Ingenieros S.L. adjudicataria del contrato del "servicio de Auxiliares de Servicio para la Universidad Rey Juan Carlos", (URJC), al publicarse el 10 de julio de 2014 en el BOE nueva convocatoria de dicho contrato de servicios, expte. 2014/014, lo recurre ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) de la Comunidad de Madrid, interesando que se anule y deje sin efecto, y se oferte otro concurso con la obligatoriedad de subrogación del personal existente. Y si no procede su anulación, que se modifique la cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), introduciendo en ella la subrogación obligatoria del referido personal.

En fecha 30 de julio de 2014 el TACP de la Comunidad de Madrid dictó Resolución desestimatoria cuyo Fundamento de Derecho Sexto aparece transcrito en el

Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia ahora impugnada.

Contra dicha Resolución del TACP, Munda Ingenieros S.L. interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y en dicho recurso alegaba la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, *artículos 14 de la constitución y 139 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP); de los principios de confianza legítima y el de seguridad jurídica, *artículo 9,3 de la Constitución*, así como la doctrina de los actos propios; la falta de motivación del *artículo 54,1,c de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y del Procedimiento Administrativo Común*, y la petición de información al adjudicatario que estaba prestando el servicio de la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, artículo 120 TRLCSP, contra la sentencia.

En su *sentencia del 9 de diciembre de 2015, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia (T.S.J.) de Madrid*, desestima dicho recurso, razonando su Fundamento de Derecho Cuarto: "Lo primero que es necesario dejar sentado es que las actuaciones del personal de la URJC que refiere la recurrente, aun cuando fuera cierto que se hacen porque aquel personal consideraba que se iba a incluir la cláusula de subrogación del personal en el siguiente concurso, ello por sí mismo no puede impedir a la Universidad cambiar su criterio en esta cuestión en función de nuevas circunstancias, y eliminar en consecuencia la cláusula en el siguiente concurso, y ello porque no prohibiendo el Derecho aplicable este cambio, antes bien permitiéndolo porque los Pliegos de cláusulas administrativas y técnicas de un determinado contrato administrativo solo producen efectos vinculantes respecto de dicho contrato y no respecto de los contratos futuros, no puede hablarse en rigor de confianza legítima y de seguridad jurídica, ni tampoco de vinculación a los propios actos.

En relación al escándalo de costes del servicio que presentó la recurrente en el anterior concurso, no comparte la Sala que el hecho de que en aquel figurase expresamente que no se incluían en el valor/hora ofertado los costes de despido del personal respecto del que se subrogaba aquella, y que por tanto era una condición implícita de la oferta presentada que la Universidad se obligaba a sacar (sic) los próximos Pliegos incluyendo la subrogación en la plantilla de personal, esa condición pasó a formar parte del contrato firmado entre la URJC y la contratista.

En el ámbito de los contratos del sector público en el que nos encontramos, el contenido y la eficacia vinculante de los contratos no deriva, a diferencia de los contratos privados regidos por el Derecho Civil y Mercantil, de los pactos, cláusulas y condiciones que las partes del contrato tiene por conveniente establecer en uso de la libertad de pactos recogida por el *artículo 12545 del Código Civil*, sino que lo que determina ese contenido y eficacia vinculante es en primer término la legislación sobre contratos del sector público, que regula con detalle la cuestión y deja un limitado 'margen a la Administración contratante, y en segundo término el contenido de los Pliegos de cláusulas que rigen cada contrato, y ello por los intereses públicos que estén en juego en esta clase de contratos, de manera que no es jurídicamente válido, aún en el supuesto de que en el contrato figurase explícitamente que la URJC una cláusula comprometiéndose a incluir en el siguiente contrato la subrogación del personal, lo que por otra parte no es el caso, que las cláusulas de un contrato prevalezcan sobre lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público y en los Pliegos rectores de aquel.

La expresión en el escándalo que la recurrente presentó con su oferta del año

2012 de la necesidad de que la Universidad incluyera en los Pliegos del siguiente contrato la obligación de subrogación en el personal de la plantilla, que efectivamente así aparece en el escándalo en cuestión, sin duda fue conocida por la Universidad pero ello no significa, ni implica ni presupone que esta quede vinculada por esa pretensión de la licitadora, que tiene que ser consciente de los riesgos que asume al presentar su oferta del mismo modo que el resto de los licitadores que concurrieron a ese concreto concurso, estando la Universidad obligada y vinculada por el contenido del Pliego de ese concurso y no por otra cosa.

Por otra parte conviene insistir que en este sector de los contratos del sector público, estrictamente regulados por la Ley y por la defensa de los intereses públicos, no hay margen para la aplicación del precedente, y por tanto para la denominada doctrina de los actos propios, de lo que se sigue que el cambio de criterio en relación a una materia en la que la Administración contratante goza de facultades para adaptarse a las cambiantes circunstancias coyunturales, como es la contención del gasto público en un marco de crisis económica con obligación de control de déficit público, no precisa de la especial motivación que reclama la demandante, por todo lo cual se desestima el Recurso en su integridad".

Contra dicha sentencia, Munda Ingenieros S.L. interpone el presente recurso de casación, que articula en base a cuatro motivos, que coinciden con las mismas cuatro alegaciones que formuló en su recurso ante el T.S.J. de Madrid contra la Resolución del T.A.C.P..

Debe recordarse a la recurrente que es reiterada la jurisprudencia de *esta Sala*, (así, sentencias de 16 de diciembre de 2008, RJ 2009, 92 ; de 30 de enero de 2007 , RJ 2007, 6596), que "resulta esencial no reproducir los argumentos esgrimidos en la instancia, por cuanto lo que debe discutirse son los razonamiento se la sentencia objeto de recurso de casación".

SEGUNDO.- Munda Ingenieros S.L. centra su discrepancia en la no inclusión en la cláusula 27 del PCAP del expediente de contratación 2014/014 de la obligatoriedad de la subrogación del personal laboral.

En el folio 140 del Expediente Administrativo obrante en las actuaciones, puede verificarse que no figura dicha obligatoriedad de subrogación.

Antes de entrar en el análisis concreto de cada uno de los motivos de casación, conviene destacar que este Tribunal Supremo ha reiterado que "la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral". También tiene declarado este Tribunal que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal que esté destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la

jurisdicción social". La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.

Mantiene así *esta Sala en Sentencia de 8 de junio de 2016 (Recurso 1602/2015)*, la doctrina que ya se acogió en la anterior de 16 de marzo de 2015 (Recurso 1009/2014) que también declaró que "la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva".

El principal argumento empleado por la Jurisprudencia contencioso-administrativa para rechazar la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación es sin duda, el que parte de considerar que dicha obligación solo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa previsto en el *art. 44 ET* -en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los términos previstos en dicho precepto-, en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el Convenio colectivo que resulte aplicable. No cabe, para los órganos administrativos encargados de interpretar y controlar la legalidad de los Pliegos de condiciones, que estos incorporen cláusulas subrogatorias fuera de estos supuestos. La razón para llegar a esta conclusión es que una cláusula de estas características "excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status de trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social.

La lectura del PCAP del anterior expediente de contratación del referido Servicio de la URJC, expte. 2012/0055, no incluye esta obligación tampoco en su cláusula 27, (folio 439), siendo, conforme a reiterada jurisprudencia que no es necesario citar, "el PCPA es la ley del contrato".

TERCERO.- Tras lo expuesto en el anterior fundamento de Derecho, y a la vista de la sentencia impugnada, el examen de los cuatro motivos de casación puede hacerse sin extensiones innecesarias.

En cuanto al primer motivo, al amparo del *artículo 88,1,d, de la LJCA*, por inaplicación de los *artículos 14 de la constitución* y 139 TRLCSP, por vulneración del principio de igualdad y no discriminación, está suficientemente contestado y correctamente razonada la desestimación de esta alegación, tanto en la Resolución del TACP como en la sentencia impugnada.

Puede añadirse que la inclusión de dicha cláusula de subrogación, además de no procedente según lo antes expuesto, alteraría profundamente la igualdad y la

discriminación, comparando los presupuestos base de licitación de 2014, 1.615,610 euros, y el presupuesto base de licitación de 2012, 3.720.567 euros. La recurrente cifra en un 56,58% la reducción del presupuesto del servicio a contratar, con reducción en el mismo porcentaje de horas de servicio y por tanto de personal. Lo que Munda Ingenieros S.L. pretende es que la igualdad entre los licitadores de un nuevo concurso se vea alterada por la obligación de asumir un personal, del que tendrían que prescindir en un 56,58%, a la vista de la reducción del presupuesto en el nuevo concurso. Y todo ello, porque Munda Ingenieros S.L. , la anterior contratista, desea imponer a todos los licitadores una obligación de extinción de contratos laborales a los que los licitadores del nuevo contrato son absolutamente ajenos. Fallaría entonces la base misma de la igualdad entre los licitadores del artículo 139 TRLCSP.

El motivo ha de ser rechazado.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso, también al amparo del *artículo 88,1,d, L.J.C.A., por inaplicación del principio de la confianza legítima y el de seguridad jurídica , artículo 9,3 de la Constitución* , en relación con la doctrina de los actos propios, no procede su estimación. No puede existir vulneración de la seguridad jurídica en algo que la recurrente conoce, y así lo expresa en su recurso, cuando reconoce en su página 5, "con independencia de los informes de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa y de las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales". Lo que pretende la recurrente es que se "petrifique" la subrogación obligatoria en los expedientes de contratación del Servicio en cuestión de la URJC, y por su particular situación, no por el principio de seguridad jurídica.

Como señala la *sentencia de esta Sala de 22 de junio de 2014* , (RJ 2014/4304), "como advertíamos en la *sentencia de 13 de junio de 2011, (casación 1028/09)* , ni el principio de buena fe ni el de confianza legítima pueden justificar la petrificación de criterios administrativos contrarios al ordenamiento jurídico" y "la mera expectativa de que las circunstancias se mantengan inalteradas no resulta suficiente para la operatividad del mencionado principio".

QUINTO.- El tercer motivo, reiterando lo expuesto en su recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, también al amparo del *artículo 88,1,d LJCA* , por inaplicación del *artículo 54,1,c de la Ley 30/1992* , por no motivación de la no inclusión de la subrogación en el expediente de contratación de 2014.

Munda Ingenieros S.L. reconoce que la Sentencia impugnada, como también lo hizo la resolución del TACP, razonan la no necesidad de la motivación por la no inclusión de dicha subrogación obligatoria en el PCAP. Pero afirma la recurrente que así se suple la falta de motivación del acto, que sigue sin estar motivado. Vuelve a recordarse que el objeto de la casación es la sentencia, no el acto administrativo en el origen del proceso.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El cuarto y último motivo de recurso, al amparo del *artículo 88,1,d LJCA* igualmente, por inaplicación del artículo 120 TRLCSP, que impone a la empresa que viniese efectuando la prestación objeto de contrato de proporcionar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación obligatoria, no puede prosperar. En primer lugar porque el precepto invocado como infringido, 120 TRLCSP, es una norma aplicable "en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en

determinadas relaciones laborales", y en el contrato licitado esta obligación es inexistente. Y en segundo lugar, el recurrente afirma a este respecto en el recurso que "la sentencia de la Sala no alude al contenido del artículo TRLCSDP. Simplemente, lo ignora. Por tanto, no da respuesta a una de nuestras alegaciones, que consideramos de fundamental importancia". Si lo que sugiere el recurrente es que ha existido incongruencia en la sentencia, debe recordar entonces que dicho planteamiento lo tendría que haber realizado por el *artículo 88,1,c de la L.J.C.A ..*

El motivo es desestimado.

SEPTIMO. -La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente (*artículo 139.2 LRJCA*), si bien, haciendo uso de la facultad que al Tribunal confiere el apartado 3 del indicado artículo, se fija como cuantía máxima a reclamar por la parte recurrida, por todos los conceptos, la cantidad de 4.000 euros más IVA, si se devengara.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

PRIMERO.- No haber lugar al recurso de casación por la representación procesal de Munda Ingenieros S.L. contra *sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, en el recurso contencioso administrativo número 562/2014* ;

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Léida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Magistrado Ponente Sr. D. **Francisco Javier Borrego Borrego** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.