

INFORME 5/02, de 22 de maig de 2002

CONTRACTE DE GESTIÓ DE SERVEIS PÚBLICS. SUBCONTRACTACIÓ. CESSIÓ PARCIAL DEL CONTRACTE

ANTECEDENTS

La Secretaria General Tècnica de la Conselleria d'Interior ha adreçat a aquesta Junta Consultiva un escrit del tenor literal següent:

D'acord amb l'establert en els articles 2.1 i 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, mitjançant el qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, i l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, se sol·licita informe sobre la viabilitat de la sol·licitud presentada a aquesta Conselleria, el dia 12 de març (se n'adjunta còpia), pel representant de la UTE IDUS de Comunicació, SA, y Sampol Ingeniería y Obras, adjudicatària actual del contracte de gestió de serveis públics modalitat de concessió del sistema integrat d'emergències 112 de les Illes Balears, en el qual sol·licita autorització perquè la contractació i la gestió de recursos humans del personal laboral assignat al SEIB112 sigui efectuada per una societat filial de les dues entitats, i s'hi adjunta l'informe jurídic preceptiu.

Així mateix, i a títol informatiu, us adjunt la documentació relativa a la problemàtica sorgida en relació al tema de la subrogació del personal, que inclou l'Informe de la Inspecció de Treball.

Entre la documentació aportada figura la sol·licitud efectuada per l'empresa adjudicatària del contracte, la transcripció literal de la qual és la següent:

M'adreç a vós en qualitat de representant legal i gerent únic de la unió temporal d'empreses indicada més amunt, amb CIF núm. G-57120222, adjudicatària del contracte de gestió de servei públic del sistema integrat d'emergències 112 de les Illes Balears per sol·licitar autorització a fi que la contractació i la gestió dels recursos humans del personal laboral assignat al SEIB 112 sigui efectuada per una societat filial de les dues entitats integrants de la unió temporal d'empreses, és a dir, per una societat constituïda per IDUS DE COMUNICACIÓN, SA, Y SAMPOL INGENIERIA Y OBRAS, SA, denominada 112, Emergència i Assistència, SA, amb CIF núm. A-57121378.

L'Informe jurídic que acompanya l'escrit de la Secretaria General Tècnica conclou amb els dubtes jurídics següents:

No obstant el que s'ha exposat abans, se susciten els dubtes següents, per la qual cosa es recomana sol·licitar informe a la Junta Consultiva de Contractació sobre:

1. Si, segons el parer de la Junta Consultiva de Contractació (JCC), la sol·licitud de l'adjudicatari, relativa a la possibilitat que una societat filial de les dues entitats integrants d'una UTE pugui dur-

ne a terme la contractació i la gestió dels recursos humans, podria reconduir-se en les figures de la cessió o de la subcontractació esmentades.

2. En cas de no considerar la possibilitat esmentada en el punt anterior, si es podria enquadrar aquesta situació en alguna altra figura jurídica coneguda.

3. Finalment, i en cas que la pretensió sol·licitada per la UTE es fes efectiva sense autorització d'aquesta Administració, es confirmaria que ens trobam davant un incompliment de les obligacions contractualment assumides per l'adjudicatari contractista de subrogar el personal amb el manteniment de les condicions d'acord amb el que estableix la clàusula esmentada del plec de condicions administratives particulars."

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

Es compleixen tots els requisits d'admissibilitat, atès que efectua la sol·licitud qui té competència per fer-ho i ho fa de la manera que preveuen el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i el seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. Es planteja la qüestió de la viabilitat de la petició que formula l'adjudicatari d'un contracte de gestió de serveis públics perquè autoritzi a una persona jurídica diferent de l'adjudicatària "*la contractació i la gestió dels recursos humans*" assignats per executar el contracte.

La informació subministrada no comprèn ni aclareix tots els aspectes que pot suscitar el problema però, atès que aquesta Junta ja va emetre l'Informe 12/01, de 16 de juliol de 2002, referit al mateix contracte en relació al qual ara, una altra vegada, sorgeixen interrogants, i al qual es van aportar els plecs de clàusules administratives particulars i el de prescripcions tècniques, es procurarà donar una resposta de caràcter genèric que pugui coadjuvar la decisió que, sense cap dubte, correspon prendre a l'òrgan de contractació.

D'altra banda, també s'acompanyen a la sol·licitud d'aquest Informe una sèrie de documents sobre la "*problemàtica sorgida en relació al tema de la subrogació del personal*", si bé també s'indica que aquesta aportació és merament "*a títol informatiu*".

A partir d'aquesta documentació i del contingut dels plecs, es pot establir una premissa que incideix de manera directa en la pretensió de l'empresa adjudicatària; és a dir, "*que l'empresa adjudicatària està obligada a subrogar-se als drets i a les obligacions laborals del titular del contracte anterior*", i aquesta garantia, establerta en els plecs com a obligació particular del

contractista i en l'Estatut dels treballadors amb caràcter general, legal i obligatori (art. 44), es podria veure alterada si les relacions laborals patissin una altra subrogació a la nova empresa, configurada com a filial de l'adjudicatària, que no va participar en el procediment de licitació, i a la qual no es van exigir els requisits de solvència que va haver d'acreditar l'adjudicatària.

Només la cessió del contracte, a diferència de la subcontractació, requereix que el cessionari tingui la mateixa solvència que es va exigir a l'adjudicatari, d'acord amb l'article 114.2.c) de la Llei de contractes de les administracions públiques (Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny), però s'ha de tenir en compte que en l'apartat b) del precepte esmentat es fixa com a condició perquè la cessió es dugui a terme, en el cas de contractes de gestió de serveis públics, que l'explotació del contracte s'hagi fet com a mínim en una cinquena part del temps de durada, cosa que encara no ha succeït (clàusula V.1 del plec de clàusules administratives particulars, i 2.1 del de prescripcions tècniques), i que la suposada cessió seria tan sols de part del contracte, la qual cosa equivaldria a tenir dos adjudicataris, cosa no prevista en els plecs. S'ha d'entendre, doncs, que no es pot utilitzar la figura de la cessió en aquest cas.

A més a més, la cessió precisa, d'acord amb l'apartat a) de l'art. 114 esmentat, que *"l'òrgan de contractació l'autoritzi expressament, i amb caràcter previ", autorització per a la qual l'Administració és totalment lliure, tal com ha expressat el Tribunal Suprem (Sentència de 20 d'abril de 1992: "segons cregui convenient")*, que nega el corrent doctrinal que conceptuava regulades les facultats de l'Administració per a això.

SEGONA. Pel que fa a la possibilitat que es faci una subcontractació de l'execució parcial del contracte, consistent en què el subcontractista assumeixi les contractacions i la gestió de recursos humans del personal laboral assignat al sistema integrat d'empreses 112 de les Illes Balears (SEIB 112), tampoc no sembla viable, atès que l'article 170 de la LCAP disposa que *"En el contracte de gestió de serveis públics la subcontractació només pot recaure sobre prestacions accessòries"*; i, encara que en el plec de clàusules administratives particulars (clàusula V.8) s'admet la subcontractació, s'especifica que s'ha de fer *"d'acord amb l'article 170 del TRLCAP"*.

No hi ha cap dubte que l'element humà en aquest contracte no és accessori, sinó part essencial de la prestació, previst àmpliament en el plec de prescripcions tècniques, sense el qual i sense la seva preparació, formació i especialització, és impossible complir l'objecte del contracte.

TERCERA. Finalment, en relació als dubtes que es plantegen en el punt 3r de l'Informe jurídic que acompanya la sol·licitud de la Secretaria General Tècnica, sobre si es podria considerar *"un incompliment de les obligacions contractualment assumides per l'adjudicatari contractista"*

de subrogar el personal", en cas que la UTE fes efectiva la pretensió sol·licitada sense l'autorització de l'Administració, es pot indicar que, pel que s'ha exposat abans, és evident que si es produeix una cessió parcial del contracte es vulnerarien els subapartats a) i b) de l'apartat 1 de l'article 114 de la LCAP, la qual cosa donaria lloc a la causa de resolució del contracte que recull l'apartat g) de l'art. 111.

Contràriament, la subcontractació només seria causa de resolució si es fes contravenint el que disposa l'art. 170 de la LCAP, en concordança amb el que s'ha argumentat en la consideració jurídica anterior, i no en seria necessària l'autorització prèvia sinó que n'hi hauria prou amb la comunicació a l'òrgan de contractació, d'acord amb el que preveu l'art. 115.2 de la LCAP.

S'ha d'aclarir que els incompliments als quals ens referim són incompliments de normes de contractació administratives i que l'abast i el contingut de la subrogació del personal és matèria pròpia de l'ordre laboral, aliè al coneixement assessor de la Junta Consultiva.

CONCLUSIÓ

Atès tot això, aquesta Junta Consultiva entén:

- 1) Que correspon a l'òrgan de contractació decidir l'autorització sol·licitada per l'empresa adjudicatària d'un contracte de gestió de serveis públics, sobre la possibilitat de contractar i gestionar els recursos humans mitjançant una altra empresa diferent, filial de l'adjudicatària.
- 2) Que la cessió parcial del contracte o la subcontractació d'aquest aspecte de la prestació infringiria el que preveuen els articles 114 i 170, respectivament, de la LCAP i els plecs que regeixen el contracte.