



Expedient: 2020/00030738A
UO Responsable: D. de Neteja Viària
Assumpte: Prestació del Servei de neteja de l'Edifici de Can Boscà i del B9 de l'Ajuntament de Badalona
Procediment: Sol·licituds de serveis de neteja

INFORME JURÍDIC SOBRE LA SUBROGACIÓ DE PERSONAL EN LA CONTRACTACIÓ RESERVADA A CENTRES ESPECIAL DE TREBALL DEL SERVEI DE NETEJA DELS EDIFICIS MUNICIPALS «B9» I «CAN BOSCÀ»

ANTECEDENTS DE FET

L'Institut Municipal de Promoció de l'Ocupació (IMPO) era un organisme autònom de l'Ajuntament de Badalona, creat l'any 1993, que tenia com a finalitat dissenyar, promoure i gestionar els recursos que permetin millorar l'ocupabilitat de la població de Badalona.

El Ple Municipal de 22 de desembre de 2017 va aprovar definitivament la dissolució de l'IMPO com a organisme autònom i la seva integració dins de l'estructura de l'Ajuntament de Badalona, essent la data efectiva de la mateixa l' 1 de gener de 2018.

L'IMPO prestava els seus serveis bàsicament en dos edificis: la Masia de Can Boscà, situada al carrer Nova Cançó, 1 i l'edifici del B9, situat al carrer d'Alfons XII, ambdós a Badalona.

La neteja d'aquests dos edificis estava adjudicada mitjançant un contracte a l'empresa CAN-CET, centre especial de treball, que treballa per la promoció de la inserció social i laboral del màxim nombre de persones amb algun tipus de discapacitat.

Amb la integració de l'IMPO a l'Ajuntament, aquest va passar a convertir-se en el Servei d' Impuls Municipal de Promoció de l'Ocupació i la neteja dels dos edificis esmentats s'havia de gestionar conjuntament amb la dels altres edificis municipals, sobretot atenent al fet que el contracte amb l'empresa adjudicatària va finalitzar el 31 de desembre de 2017.

Respecte el contracte de neteja dels edificis municipals el 25 de juny de 2008 el Ple Municipal va acordar l'adjudicació del contracte entre l'Ajuntament i l'empresa Fomento de Construcciones y Contratas, SA (posteriorment Fomento de Construcciones y Contratas Medio Ambiente, SA , en endavant FCCMA, SA), per a la neteja d'edificis i dependències municipals i centres docents públics. Inicialment la vigència era fins el 30 de juny de 2010, prorrogada en sessió de 29 de juny de 2010 i el 2 de maig de 2011 fins a 30 de juny de 2012. El 20 d'octubre de 2012 s'aprova continuar amb la prestació del servei fins que hi hagi un nou adjudicatari. Aquesta situació continua a data d'avui.

L'empresa CAN CET, tot i haver finalitzat el seu contracte, ha continuat prestant el servei de neteja dels edificis de Can Boscà i del B9 fins el 13 de març d'enguany, moment en el que, com a conseqüència de l'estat d'alarma decretat amb motiu de la pandèmia per COVID-19, els dos edificis es van tancar i a data d'avui no han estat reoberts.

Per tant, ens trobem d'una banda que no es pot integrar la neteja dels edificis del Servei d'Impuls Municipal de Promoció de l'Ocupació dins el contracte de neteja dels edificis municipals, atès que aquest es troba en situació de continuïtat i de l'altra amb l'empresa CAN CET que, tot i tampoc tenir contracte vigent, ha continuat prestant el servei de neteja fins que aquesta prestació s'ha fet impossible per motius aliens a la seva voluntat.

Davant la necessitat de reobrir els entres per continuar prestant els serveis que ofereixen, el que es proposa es fer un «contracte pont» fins que el contracte general de neteja d'edificis municipals s'adjudiqui i aquests dos edificis quedin definitivament integrats en el mateix.



En relació amb això, es planteja la qüestió de si hi cap o no la subrogació dels treballadors de l'empresa que venia prestant el servei, tot i que sense contracte, i la que en resulti com a adjudicatària en la nova licitació.

FONAMENTS DE DRET

I. Respecte a la qüestió que es planteja el primer que cal deixar clar és que d'acord amb la doctrina reiterada el TS (STS 847/2019 de 18 de juny, entre d'altres) i del Tribunal de Contractes del Sector Públic (Res. 195/2019 de 13 de juny de 2019, 157/2019,48/2019,4/2019, 303/2018,59/2018 i 293/2018) en cap cas la subrogació podrà venir creada ni imposada pels plecs, ja que la mesura de la subrogació laboral constitueix una obligació aliena a la contractació pública.

Així la STS 847/2019, en el seu Fonament de Dret Segon estableix expressament 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 o por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia".

Per tant, un cop aquest extrem resultat aclarit, passem a examinar si s'estableix aquesta obligació bé per Llei o bé per Conveni Col·lectiu.

II. En primer lloc, el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (código de Convenio 99000985011981), que resultaria aplicable en aquesta contractació, estableix en el seu article 27 «Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del Convenio, **se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad** con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo».

I continua dient "No desaparece el carácter vinculante de este artículo, en el supuesto de cierre temporal de un centro de trabajo que obligue a la suspensión del servicio por tiempo no superior a un año".

III. En segon lloc, i seguint la mateixa línia, el Conveni col·lectiu de treball del sector de la neteja d'edificis i locals de Catalunya per als anys 2017 a 2021 (codi número 79002415012005), és clar en la seva redacció. Així, en el seu article 2, quan parla de l'àmbit funcional d'aplicació del Conveni estableix: «Si bé el present Conveni no serà aplicable als centres especials de treball i als seus treballadors/ores, la subrogació de personal prevista al capítol 10 els és aplicable quan concorrin,



com a empresa entrant o sortint, en activitats del sector de neteja d'acord amb els àmbits d'aplicació funcional, personal i territorial del present Conveni».

I el Capítol 10, en el seu article 74 estableix: «En tots els supòsits de finalització, pèrdua, rescissió, cessió o rescat d'una contracta **així com respecte de qualsevol altra figura o modalitat que suposi el canvi en l'adjudicatari del servei que duguin a terme l'activitat de què es tracti**, els treballadors/ores de l'empresa sortint passaran a estar adscrits a la nova titular de la contracta que realitzarà el servei, respectant aquesta tots els drets i obligacions que gaudeixin en l'empresa sortint del servei.

I continua dient «No desapareix el caràcter vinculant d'aquest article, en el supòsit de tancament temporal d'un centre de treball que obligui a la suspensió del servei per temps no superior a un any».

III. En aquesta mateixa línia, l'article 130.2 in fine de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic, amb una redacció molt més clarificadora que l'anterior, diu «Quan l'empresa que **estigui efectuant la prestació objecte del contracte** que s'ha d'adjudicar sigui un centre especial d'ocupació, l'empresa que resulti adjudicatària té l'obligació de subrogar-se com a ocupador de totes les persones amb discapacitat que estiguin desenvolupant la seva activitat en l'execució del contracte referit».

Per tant, no hi ha dubte que existeix l'obligació de subrogar en el supòsit objecte d'aquest contracte, ja que així ve reconegut tant per la matèria del mateix al Conveni d'aplicació com per les característiques de l'empresa sortint en la pròpia Llei De Contractes del Sector Públic.

IV. Però aquest cas, el dubte sorgeix per l'absència de contracte vigent amb l'empresa sortint.

Doncs bé, d'acord amb l'article 3.1 del Codi Civil «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Si anem a l'article 27.1 del Conveni estatal parla de "sustitución en la prestación del servicio o actividad", i l'article 74 del Conveni col·lectiu català, no menciona que es tracti de contracte vigent que és substituït per un altre, sinó que afegeix que el que diu es que es produirà la subrogació « **així com respecte de qualsevol altra figura o modalitat** que suposi el canvi en l'adjudicatari del servei que duguin a terme l'activitat de què es tracti».

I el mateix succeeix amb l'article 130 de la LCSP que literalment parla de « l'empresa que **estigui efectuant la prestació objecte del contracte** que s'ha d'adjudicar sigui un centre especial d'ocupació», per tant, seguint l'aforisme «*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», aquest article no parla de contracte vigent, sinó de **«prestació del servei»**

Ha quedat constatat als antecedents que l'empresa CAN CET va prestar els serveis fins el mateix dia 13 de març de 2020.

Si es fa una interpretació literal de la norma, enlloc trobem que es digui que el contracte ha d'estar vigent, sinó que ha de ser una empresa que «vingui prestant el servei».

Però és més, si continuem llegint, l'article 3 in fine afegeix que les normes «han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» i la regulació que es fa de la a subrogació empresarial, que acostuma a ser una de les parts més compromeses en els canvis de prestadors d'un servei, ja que en molts casos pot deixar els treballadors en un «llimb laboral», especialment en aquells casos que no està clara la seva aplicació, és evitar aquest perjudici vers els treballadors i treballadores de l'empresa sortint, evitant situacions d'inseguretat jurídica.



D'acord amb això, cal fer una interpretació favorable als treballadors i treballadores de l'empresa sortint, essent aquesta favorable a la subrogació, més quan la situació que genera el dubte de si existeix la subrogació o no és la falta de contracte vigent, no és, en cap cas, imputable a la pròpia empresa prestatària del servei, sinó a una actuació poc diligent de l'òrgan de contractació.

Finalment, també el supòsit que els servei s'hagi deixat de prestar des del 13 de març de 2020 com a conseqüència de l'estat d'alarma decretat pel Govern de l'Estat mitjançant el Reial Decret 463/2020, de 14 de març, per el que es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, queda recollit al mateix article 74 del Conveni Col·lectiu vigent quan diu «No desapareix el caràcter vinculant d'aquest article, en el supòsit de tancament temporal d'un centre de treball que obligui a la suspensió del servei per temps no superior a un any».

CONCLUSIONS

- 1.- La subrogació no podrà venir creada ni imposada pels plecs, ja que la mesura de la subrogació laboral constitueix una obligació aliena a la contractació pública.
- 2.- Només quan la subrogació vingui imposada per Llei o per Conveni col·lectiu, els plecs podran recollir aquesta exigència.
- 3.- Tant el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (código de Convenio 99000985011981), com el Conveni col·lectiu de treball del sector de la neteja d'edificis i locals de Catalunya per als anys 2017 a 2021 (codi número 79002415012005), recull expressament l'obligatorietat de subrogació.
- 4.- L'article 130.2 in fine de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic, també recull l'exigència de subrogació quan l'empresa que venia prestant el servei sigui un centre especial d'ocupació.