

Expediente Núm. 76/2019
Dictamen Núm. 199/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de septiembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de marzo de 2019 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de la información contenida en los pliegos administrativos del expediente de contratación del servicio de limpieza de las oficinas del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 7 de noviembre de 2018, el administrador único de la compañía mercantil que identifica, en cuyo nombre y representación dice actuar, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial

-dirigida a la Consejería de Empleo, Industria y Turismo- por los daños derivados de la información incorrecta contenida en los pliegos de un contrato.

Expone que por Resolución del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias de 15 de mayo de 2018 se adjudican a la entidad reclamante los lotes número 1, 2, 3 y 4 del contrato del servicio de limpieza de las oficinas de empleo dependientes del mismo, y que dicho contrato se formaliza el 13 de junio de 2018, comenzando su ejecución el día 1 de julio de ese año.

Señala que en cumplimiento de sus obligaciones la empresa se atiene a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación en materia de subrogación en los contratos laborales del personal afectado por el expediente de contratación, y que las trabajadoras de las oficinas de empleo de Oviedo I, Oviedo II y Gijón I han ejercitado acciones judiciales frente a la adjudicataria en solicitud de "reposición" de sus condiciones de trabajo. Como consecuencia de ello la mercantil "detecta" que el apartado K del cuadro resumen de las características del contrato recoge "información incorrecta" respecto a las condiciones de subrogación de los trabajadores, lo que -según indica- ha sido reconocido por la Administración.

Tras "reponer" a las trabajadoras afectadas en sus condiciones laborales, manifiesta haber sufrido una serie de daños y perjuicios como consecuencia de la "información incorrecta" contenida en los pliegos administrativos, que cuantifica en treinta y dos mil ciento nueve euros con treinta y tres céntimos (32.109,33 €).

Por medio de otrosí, interesa que se acote a efectos probatorios la totalidad del foliado que integra el expediente administrativo que especifica.

2. Mediante Resolución de 16 de noviembre de 2018, el Consejero de Empleo, Industria y Turismo acuerda admitir a trámite la reclamación y designar instructora del procedimiento, lo que se notifica al representante de la interesada indicándole el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo.

3. Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, con fecha 10 de diciembre de 2018 emite informe el Jefe del Servicio Económico Administrativo del Servicio Público de Empleo. En él señala que la ejecución de la prestación se inicia el 1 de julio de 2018, y que el 16 de ese mismo mes la Jefa del Servicio de Intermediación Laboral remite una propuesta de resolución del lote núm. 1 del contrato “por incumplimiento del deber de subrogación establecido en la cláusula 17.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige” el contrato, dado que la adjudicataria ha reducido las horas de tres trabajadoras “de forma muy significativa” amparándose en que “la información suministrada por la anterior adjudicataria del servicio (...) relativa a las condiciones de subrogación de los trabajadores y recogida en el pliego (...) es incorrecta, resultando las horas a subrogar que figuran en el pliego sensiblemente inferiores a las que se corresponden con la realidad”.

Por último indica que, si bien el procedimiento de resolución contractual se inició el día 30 de julio de 2018, al final se decretó el archivo de las actuaciones al haber procedido la adjudicataria a reponer a las trabajadoras afectadas en sus condiciones respecto de la jornada laboral procedente, abonándoles igualmente las percepciones salariales dejadas de percibir.

4. Mediante escrito presentado el 21 de enero de 2019, la compañía aseguradora de la Administración se persona como parte interesada en el procedimiento.

5. Con fecha 6 de febrero de 2019, la Instructora del procedimiento comunica al administrador de la mercantil interesada y a la entidad aseguradora la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

6. El día 28 de febrero de 2019, la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, aunque reconoce que los pliegos contienen “un error”, considera que el mismo es de carácter “meramente material”, de modo que “no afecta ni cambia el sentido del pliego, y ello se evidencia desde el momento en que la subrogación se hubiera producido en cualquier caso por ministerio de la ley, resultando que las horas a subrogar que figuran en el pliego y que son sensiblemente inferiores a las que se corresponden con la realidad no es un dato que sea necesario incluir en los (pliegos de cláusulas administrativas particulares) y que difícilmente podría llevar a un error en el cálculo de los costes a las empresas licitadoras y concedoras de este tipo de contratos si tenemos en cuenta que se proporcionaban en el mismo pliego los metros cuadrados de las oficinas en las que se tienen que prestar los servicios”. Al respecto, menciona las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Núm. 321/2014 y 815/2015; la Resolución 35/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; el informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2011.

Además, pone de manifiesto que “el reclamante evalúa unos daños de los que no aporta ninguna documentación que los pruebe”.

Finalmente, alude a la posibilidad de no formalizar el contrato que asistía a la mercantil interesada, tal y como se recoge en el Informe 2/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias. Así, señala que “nos encontramos con un acto dispositivo de voluntad del reclamante como es la formalización del contrato un mes después de la resolución de adjudicación, tiempo suficiente para conocer todas las condiciones de los trabajadores que tenía que subrogar, que contradice pues la pretensión del reclamante en cuanto al alcance del perjuicio patrimonial alegado”.

Concluye que “no cabe entender que la actuación de la Administración sea la causa del daño alegado” por la interesada. Y añade que esta “tiene la obligación legal de soportar el daño cuyo resarcimiento pide, pues (...) la subrogación opera automáticamente en virtud de la legislación laboral, incluso cuando no venga prevista en los pliegos”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de marzo de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo y del relativo a la contratación del servicio de limpieza de las oficinas de empleo dependientes Servicio de Público de Empleo del Principado de Asturias.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los perjuicios económicos que una mercantil atribuye a la información contenida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato del servicio de limpieza de las oficinas del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias.

La interesada -actual adjudicataria del servicio- ha formulado, y la Administración autonómica ha tramitado, como “responsabilidad patrimonial”, la reclamación de una cantidad que solicita en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de la información “incorrecta” ofrecida por el órgano de contratación sobre las condiciones de subrogación de los trabajadores, lo cual ha sido reconocido por la Jefa del Servicio de Intermediación Laboral al

constatarse que las horas a subrogar que figuraban en el pliego eran sensiblemente inferiores a las que se correspondían con la realidad. Debido a ello la contratista se ha visto obligada a abonar a las trabajadoras afectadas las percepciones salariales dejadas de percibir, procediendo a respetar igualmente sus condiciones respecto a la jornada laboral procedente, lo que le ha supuesto un menoscabo patrimonial cuyo resarcimiento pretende obtener por esta vía.

Centrado así el fondo del asunto, resulta necesario que este Consejo Consultivo analice, con carácter preliminar, la naturaleza de la reclamación sometida a dictamen y el procedimiento seguido en su tramitación, para poder abordar después el carácter de la consulta formulada y, en definitiva, su propia competencia para pronunciarse sobre ella.

En este sentido, debemos recordar que el Consejo Consultivo es un órgano auxiliar del Principado de Asturias creado directamente por el Estatuto de Autonomía cuya composición y competencias vienen reguladas en la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo.

El artículo 13 de la referida Ley enumera los asuntos o expedientes que, tramitados por "los órganos de la Administración Pública del Principado o las entidades locales radicadas en su territorio", deben someterse a consulta preceptiva del Consejo Consultivo. Entre ellos, el apartado 1, letra k), del citado artículo, que se invoca al solicitar el dictamen de este Consejo, incluye las reclamaciones "de responsabilidad patrimonial que se formulen contra la Administración del Principado de Asturias o las de las entidades locales de su ámbito territorial a partir de seis mil (6.000) euros o de la cuantía superior que establezcan las leyes". En idénticos términos se encuentra redactado el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio.

Examinado el asunto sometido a nuestra consideración, resulta que la reclamación planteada tiene su origen en la fase de preparación de la contratación del servicio de limpieza por lotes de las oficinas dependientes del

Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria. Atendiendo a la fecha de publicación del anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* -6 de marzo de 2018-, la normativa aplicable sería el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo artículo 120 exige al órgano de contratación, en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales -y este lo es a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales del Principado de Asturias (*Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 3 de enero de 2019)-, la obligación de "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"; precepto en cuyo incumplimiento se funda la reclamación presentada.

De conformidad con lo anterior, el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de limpieza dispone en la cláusula 14.8 que "el contratista está obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de Seguridad Social y de Seguridad y Salud Laboral, por lo que vendrá obligado a disponer las medidas exigidas por tales disposiciones, siendo a su cargo el gasto que ello origine./ En su caso, el contratista se atenderá a la legislación vigente y a lo previsto en el correspondiente convenio colectivo en materia de subrogación en los contratos laborales del personal afectado por el presente expediente de contratación relacionado en el apartado K del cuadro resumen de acuerdo con el convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales". Asimismo, figura incorporado al pliego de cláusulas administrativas particulares un cuadro resumen de las características del contrato en el que se describen las condiciones del personal a subrogar (trabajador, jornada semanal, categoría, antigüedad y tipo de contrato).

No nos hallamos, pues, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido al particular a ser resarcido de toda lesión que sufra en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. A juicio de este Consejo, la solicitud de compensación aquí examinada nace en el marco de una relación jurídica singular, toda vez que se funda en el incumplimiento de una obligación prevista en la normativa que rige la contratación del sector público y en los pliegos de la licitación, de modo que el daño invocado por la mercantil, vinculado a la actividad contractual de la Administración, no se rige por el régimen general de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de un servicio público, en los términos establecidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Al respecto, el Consejo de Estado viene señalando (entre otros, Dictámenes 1578/2001 y 2703/2004), que “el mecanismo resarcitorio que prevén los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 -referencia que ahora ha de entenderse realizada al artículo 32 de la Ley 40/2015- puede tener su origen en cualquier tipo de actividad administrativa (actividades administrativas formales, actividades materiales e incluso la inactividad administrativa), con la única excepción de la actividad contractual de la Administración. La responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte podría ser exigida por la vía jurisdiccional correspondiente (contencioso-administrativa o civil, según la naturaleza del contrato en cuestión), pero no mediante el mencionado mecanismo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992”. Y en la Memoria correspondiente al año 2005 recuerda la doctrina que ha venido manteniendo en números dictámenes, en el sentido de que “no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica,

prevista en el ordenamiento jurídico. Ello es así porque, tratándose de daños y perjuicios susceptibles de consideración a través de una vía específica, es en el marco de esa vía, y no en las disposiciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en general, donde deberán examinarse las reclamaciones formuladas por los interesados. Tal es la doctrina general que ha venido configurando sobre la materia el Consejo de Estado en casos de daños producidos en el seno de una relación contractual o concesional, en el ámbito de una relación expropiatoria, o también en el seno de una relación de servicios profesionales". En el mismo sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo en los Dictámenes Núm. 180/2010 y 5/2015.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha declarado (entre otras, en las Sentencias de 7 de diciembre de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:7806- y 26 de julio de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:5958-) que las "obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto en la misma, por las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos (artículo 1090 del Código Civil). Este mandato lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de los servicios públicos". En el sentido, resulta esclarecedora la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2016 -ECLI:ES:AN:2016:2729-, que analiza un supuesto incumplimiento del deber de información de los datos del personal a subrogar, considerando la Sala que, atendiendo a los hechos en que la entidad ampara su reclamación, así como a la incidencia del precepto vulnerado, la conducta imputada a la Administración como incumplimiento "se produce en una de las fases de desarrollo de la contratación administrativa, la de `preparación de los contratos`" y "se ha de calificar como `incumplimiento contractual`, cuya exigencia tiene como cauce procesal el determinado por la normativa citada, y, en concreto, por lo establecido en el art. 97, de rúbrica `Resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos`, del Real Decreto

1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...). Por ello, no es adecuada la vía de la responsabilidad patrimonial, responsabilidad extracontractual, por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que queda desplazada por las normas especiales, reguladoras de los contratos del sector público”.

Finalmente, debemos señalar que la ajenidad de una compensación como la analizada en el presente caso respecto del régimen de la responsabilidad patrimonial se declara expresamente en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que entró en vigor el día 9 de marzo de 2018 -tres días después de haberse publicado el anuncio de licitación del contrato que nos ocupa en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, cuyo artículo 130, apartado 5, contempla la posibilidad de que una vez producida la subrogación, si los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación -como acontece en el supuesto que nos ocupa según consta en la propuesta de la Jefa del Servicio de Intermediación Laboral que obra en el expediente-, “el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”. Esto es, la normativa actual va un paso más allá de la normativa contractual anterior consagrando expresamente una acción directa como consecuencia de los datos facilitados por la empresa anterior.

En definitiva, la interesada aduce un perjuicio económico que deriva de una relación contractual en el marco de la cual debe ventilarse la reclamación de los daños sufridos por la adjudicataria del servicio, sin que corresponda a este Consejo enjuiciar, en los términos planteados, el estricto cumplimiento de las obligaciones impuestas a la Administración por la normativa de contratación pública.

A la vista de ello entendemos que no procede emitir el dictamen solicitado, toda vez que no siendo procedente un procedimiento de responsabilidad patrimonial este Consejo Consultivo no resulta competente para

pronunciarse sobre el fondo de la reclamación planteada, pues esta, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, no se encuentra entre las materias sometidas a dictamen preceptivo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede resolver el procedimiento iniciado por con arreglo a lo dispuesto para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.