ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE CÓRDOBA
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 185/2020

SENTENCIA Nº

En Córdoba, a 3 de junio de 2021.

El Ilmo. Sr. D. Angel Gabriel Pérez Pérez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Córdoba, ha visto los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 185/2020**, seguidos a instancia de XXXXX, XXXXXXXXXXX XXXXXXXXXX., representado por el/la procurador/a Sr./Sra. Xxxxx Xxxxxx y asistido por el letrado Sr./Sra. Xxxxxxx xxxxxx, contra el/la Diputación Provincial de Córdoba, representado y asistido por el Sr. letrado del Servicio jurídico contencioso de la Diputación Provincial de Córdoba, siendo objeto del recurso la resolución dictada por la Diputación Provincial de Córdoba, de fecha 6 de julio de 2020, dictada en el Expediente xxxx GEX xxxx, relativo al procedimiento para la imposición de penalidades derivadas de la renuncia a la formalización del contrato de seguridad privada en distintos centros de la Diputación Provincial de Córdoba, y la cuantía del mismo en 49.412,88 euros. Habiendo recaído la presente a virtud de los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 22/09/2020, el/la Sr./Sra. xxxxx xxxxx, procuradora de los tribunales en representación de xxxxxx xxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxxx, presentó recurso contencioso administrativo que fue turnado a este Juzgado, contra la resolución dictada por la Diputación Provincial de Córdoba, de fecha 6 de julio de 2020, dictada en el Expediente XXXX GEX XXXXX, relativo al procedimiento para la imposición de penalidades derivadas de la renuncia a la formalización del contrato de seguridad privada en distintos centros de la Diputación Provincial de Córdoba.

SEGUNDO: Admitido a trámite, y recibido el expediente administrativo, se acordó dar traslado del mismo a la parte recurrente para interponer demanda, lo que efectuó en tiempo y forma, en el que solicitaba se dictara sentencia, por la que se estimara el recurso interpuesto, alegando una serie de hechos y fundamentos de derecho que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos.

Código Seguro de verificación: . Permite la verificación de la integridad de una
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANGEL GABRIEL PEREZ PEREZ 07/06/2021 13:57:09	FECHA	07/06/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/11

TERCERO: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada para que presentara su escrito de contestación, lo que hizo en tiempo y forma, solicitando se dictara resolución por la que se desestimara el recurso interpuesto, alegando una serie de hechos y fundamentos de derecho que en aras a la brevedad se dan aquí por reproducidos.

CUARTO: Fijada mediante resolución la cuantía del presente recurso contencioso administrativo, se recibió el pleito a prueba, practicándose las pruebas propuestas y admitidas con el resultado obrante en las actuaciones.

QUINTO: Solicitado por las partes, se concedió el trámite de conclusiones, que fue evacuado en los términos que obran en autos, declarándose éstos a continuación conclusos para Sentencia.

SEXTO: En la tramitación de este pleito se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Impugna la parte recurrente la resolución dictada por la Diputación Provincial de Córdoba, de fecha 6 de julio de 2020, dictada en el Expediente xxxxx GEX xxxxxx, relativo al procedimiento para la imposición de penalidades derivadas de la renuncia a la formalización del contrato de seguridad privada en distintos centros de la Diputación Provincial de Córdoba. Alega falta de concreción de fechas para la formalización del contrato. Falta de información necesaria para la debida confección y presentación de la oferta. Inexistencia de causa imputable a la parte recurrente para que pueda imponerse la penalidad.

La Administración demandada se opone al recurso, interesa su desestimación y la confirmación de la resolución administrativa impugnada. No cabe alegar falta de concreción cuando la formalización procedía a través de la Plataforma de Contratación al Sector Público, remitiéndose a sus especificidades. No ha existido dolosa ocultación de datos por esta parte. Procede la imposición de penalidades conforme a lo preceptuado en la ley de Contratos siendo objetivo que la actora rechazó la formalización del contrato por lo que la resolución es resultado de la aplicación de la norma.

Como dice la STS 10/02/90, en la que se analiza la imposición de penalidad por incumplimiento de obligaciones, con el siguiente contenido: *"Para el correcto enfoque y resolución del problema planteado es necesario analizar el alcance y contenido de las cláusulas que en su aplicación han servido para la imposición de la penalidad impuesta. En primer lugar para centrar su naturaleza debe tenerse en cuenta como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 21 de noviembre de 1988 «que las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendido en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley y respecto de las cuales se necesita, para aplicar la sanción, una prueba de culpabilidad que permita entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto*

en su cumplimiento». Conforme a este criterio, resulta que la empresa no ha alcanzado a eximirse de la responsabilidad por el incumplimiento del plazo establecido para realizar su prestación, el cual, por otra parte, ha sido determinado por la Administración atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, partiendo del principio fundamental de que en todo contrato la voluntad de las partes es ley entre ellas y que por tanto es en esa expresión de voluntad donde radica su fundamento obligatorio; lo que no pierde en absoluto su vigencia en el caso de los contratos administrativos, su justificación se encuentra asentada en la necesidad de cubrir con eficacia unas relaciones contractuales en las que si bien una de las partes es directamente la Administración Central del Estado, la otra es una Empresa Nacional que compromete su actividad para la ejecución de los programas navales, es lógico requiera garantizar un equilibrio que haga posible el ejercicio de las facultades exorbitantes de la Administración con la necesaria autonomía de la empresa para adoptar las decisiones precisas para el más eficaz desarrollo de los contratos y esta autonomía requiere poner en manos de la Administración los instrumentos que permitan la corrección de las posibles deficiencias, consecuencia de las decisiones de la empresa especialmente, en este caso, en una de las cuestiones más delicadas de la ejecución de estos contratos como es el del cumplimiento de los plazos de entrega, que afectan, no sólo a las vertientes económicas del contrario, sino también a la vertiente que más incide sobre su interés público, como es su reflejo en los problemas de la defensa nacional, tan íntimamente relacionados con el despliegue y eficacia de la fuerza naval. (...)."

O, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 7 Oct. 1996, Rec. 13/1991: "*... siendo de recordar al efecto que, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo sancionador en el que la carga de la prueba corresponde a la Administración debiendo ésta preocuparse de dejar probado la certeza y veracidad de los hechos que imputa, las consecuencias de una cláusula penal, cual se trata en el supuesto que ahora nos ocupa, integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendido en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la ley y respecto de las cuales se necesita, para aplicar la sanción, una prueba de culpabilidad que permita entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, la naturaleza de la cláusula contractual de que tratamos responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de la culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento; siendo así que, conforme a este criterio, resulta que la empresa recurrente no ha alcanzado a eximirse de la responsabilidad por el incumplimiento del plazo establecido para realizar su prestación teniendo en cuenta que la carga procesal de su cumplimiento, como hecho extintivo de la obligación, incumbe al contratista que lo alega y ello por el juego de la normativa contenida implícitamente en el art. 1214 CC, máxime cuando el contratista no se encuentra favorecido por ninguna presunción legal.*".

SEGUNDO: Supuesta falta de notificación del día y la hora concretos para la formalización del contrato.

La adjudicación del contrato a la parte recurrente se produce por resolución de fecha 12/07/2019, tras la aportación de la documentación requerida en la misma fecha. El expediente de contratación se ha seguido conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público, poniéndose el contrato a disposición del adjudicatario para su formalización electrónica, todo ello a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público. Todo esto se encuentra plasmado en los folios

232 y sig. del expediente administrativo. Igualmente, consta el informe previo a la formalización electrónica en los folios 327 y 328. Ahí queda justificada la modalidad de formalización, al acreditarse la identidad del firmante, la suficiencia del poder de representación y la ausencia de circunstancias o elementos que impidan la prestación del consentimiento para obligarse. En la notificación de la adjudicación consta el plazo del que disponía el adjudicatario para su formalización, pasados los quince días hábiles, podía formalizarse el 02/08/2019. Lógicamente, la referencia a día y hora concretos se reserva para los contratos formalizados de forma presencial.

A mayor abundamiento, consta escrito de la parte recurrente de fecha 08/08/2019, en el que manifiesta de forma rotunda que no va a proceder a la formalización del contrato, por lo que pierde sentido cualquier alegato relativo a transcurso de plazo, no fijación de día y hora concreto para la formalización cuando la propia parte recurrente ha manifestado de forma abierta su voluntad de no formalizar.

TERCERO: Dispone el artículo 153 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014: "*1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.*

En los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, no resultará necesaria la formalización del contrato.

2. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo.

3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

Los servicios dependientes del órgano de contratación requerirán al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151.

4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el

contrato dentro del plazo indicado se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71.

En este caso, el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la presente Ley, resultando de aplicación los plazos establecidos en el apartado anterior.

5. Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

6. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 para los contratos menores, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización."

También resulta de interés el artículo 130: "*1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

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 este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio

Código Seguro de verificación: . Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANGEL GABRIEL PEREZ PEREZ 07/06/2021 13:57:09	FECHA	07/06/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/11

que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos."

La resolución dictada es mera aplicación del apartado cuarto del precepto reproducido, cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva. Queda claro que el contrato no se formalizó a instancia del adjudicatario que renunció a su formalización. Lo que se discute es si la situación sufrida por los trabajadores en los meses justo anteriores a la finalización del contrato anterior puede devenir en una suerte de inimputabilidad en la renuncia de la actora, dicho de otro modo, que exista causa de justificación para esa renuncia, así como si la Administración ofreció la información suficiente.

Comenzando por el final, no considero que la Administración haya ocultado información que pueda alterar las condiciones del contrato. Si partimos de que la Administración trasladó, de anterior a nuevo contratista, los datos de los trabajadores y sus relaciones laborales, sin que la parte recurrente especifique alguna omisión relevante salvo las circunstancias reseñadas de impagos de salarios y situación concursal puede afirmarse que no ha quedado acreditado el alegato de la actora. Sobre la declaración del concurso de acreedores, no existe ni el más mínimo indicio de que la demandada tuviera información privilegiada en ese sentido, debiéndose fijar en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 13 de Madrid, de fecha 29/07/2019. La parte recurrente ya hace referencia a la nota de prensa emitida por Ombuds compañía de seguridad, S.A., donde se constata la pendencia de pago de la nómina de junio y paga extra de julio. En ese sentido se encuadra la reunión, reiteradamente aludida, entre ambas partes. No es óbice que se planteen alternativas, aunque sean poco viables, porque es interés de la Administración que la formalización del contrato se produzca con la adjudicataria al resultar la oferta más ventajosa ni que existan aproximaciones entre ambas partes.

Código Seguro de verificación: . Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANGEL GABRIEL PEREZ PEREZ 07/06/2021 13:57:09	FECHA	07/06/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/11

La parte recurrente pone énfasis en el conocimiento por la Administración de la situación de la empresa en base al informe propuesta para la Junta de Gobierno que aparece al folio 365 y siguientes del expediente administrativo, cuando hace referencia en el mismo a "las extraordinarias circunstancias producidas en el tramo final de la ejecución del contrato así como el posterior proceso de adjudicación y preparación de la formalización del mismo". Señalar que se trata de un informe muy posterior en el tiempo a la fecha de la adjudicación y renuncia de la parte recurrente, donde tampoco la Administración reconoce un conocimiento previo. Lógico por otro lado, pues los primeros impagos son del mes de junio y la adjudicación del contrato de 12 de julio. Difícilmente la Administración puede ocultar información sobre la nómina del mes de junio, que en condiciones normales se percibiría por los trabajadores sobre el día 30 de junio o en adelante y la adjudicación se produce el 12 de julio. Así depone la testigo, antigua Jefa del Servicio de Contratación, en junio se desconocían los impagos, se conocieron en julio y el estudio de costes, documentación propia del contrato, es de marzo. Cuestión distinta es que ante ese hecho la demandada emprenda una serie de acciones para paliar esa situación como pueda ser la retención de facturas, hasta que en septiembre tiene conocimiento que a los trabajadores se les ha abonado la nómina del mes de julio y agosto, adeudándosele solo junio y parte de la paga extraordinaria. Cuestiones que constan en el informe citado y que no evidencian una ocultación de datos pues la coincidencia de fechas son lo suficientemente reveladoras de la imposibilidad de tal circunstancia.

Sobre la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de julio de 2018, asunto C-60/1711 y la posterior del Tribunal Supremo 873/2018, de 27/09/2018, que para la parte recurrente tienen una incidencia determinante en el supuesto de hecho expuesto, decir que no negando la relevancia de la cuestión resuelta, si atendemos a la tesis de la actora solo habría que concluir que las empresas deberían abandonar sus aspiraciones a este tipo de contrataciones, porque esa posibilidad pudiera darse en cualquier caso, ello con independencia de una supuesta omisión de datos de la Administración en cuestión. Siempre, la empresa anterior pudiera adeudar los últimos salarios del período final de su contrato e incurrir en supuestos de insolvencia. El punto de partida de la actora supone elevar a rango legal una excepción no prevista como tal en la norma.

La parte recurrente funda la falta de causa imputable en la no formalización en la renuncia, en diferentes informes que se sintetizan en el siguiente, Expediente 35/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre diversas cuestiones relacionadas con la subrogación de los trabajadores de contratos públicos anteriores: "*VIII Si, en el supuesto de que una vez adjudicado el contrato y antes de su formalización la empresa seleccionada constata la existencia de deudas salariales y/o con la seguridad social del anterior contratista que alteren de manera relevante los parámetros que el adjudicatario consideró para formular su oferta, una hipotética no formalización del contrato podría ser considerada como no imputable al contratista, sin incautación de las garantías prestadas -siguiendo un razonamiento análogo al realizado por la del Informe 2/2013, de 5 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, realizado a la vista de la normativa anterior a la LCSP-.*

En el supuesto descrito en la pregunta se alude a una constatación que tiene lugar entre la adjudicación del contrato y su formalización. En este sentido es relevante volver a describir el iter procedimental establecido en la ley en cuanto a la información que debe recibir el licitador en los casos de subrogaciones obligatorias.

Código Seguro de verificación: . Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ANGEL GABRIEL PEREZ PEREZ 07/06/2021 13:57:09	FECHA	07/06/2021
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/11

Como sabemos, el primer trámite descrito en el artículo 130 LCSP consiste en que el órgano de contratación reclame del contratista que viniese efectuando la prestación objeto del contrato la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Esta información tiene un contenido obligatorio que puede extenderse en los pliegos del contrato a cualquier otra información que resulte necesaria a estos efectos. El siguiente paso consiste en que el órgano de contratación consigne estas circunstancias en sus pliegos y los proporcione en forma legal a los licitadores.

También hemos señalado que es posible que el licitador pueda solicitar del órgano de contratación más información a los efectos de poder perfilar su oferta adecuadamente, calculando con mayor precisión los costes reales de la subrogación. En respuesta a esta petición el órgano de contratación debe requerir al contratista saliente la información que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales de la subrogación y, en el último paso, tal información debe ser puesta a disposición del licitador si es que ha sido debidamente proporcionada por el anterior contratista o, en caso contrario, deberá dejar constancia de tal circunstancia.

Mediante este sistema que instituye la ley el licitador puede alcanzar un conocimiento suficiente para decidir libremente si va a presentar una proposición y en qué términos va a hacerlo. A partir del momento en que voluntariamente decide presentar su proposición queda vinculado por la misma y debe asumir las responsabilidades que le pudiesen corresponder por la seriedad de su oferta. Por tanto, si el licitador ha accedido al pliego y ha tenido la ocasión de solicitar la información que considerase pertinente para realizar su proposición no podrá posteriormente retirar su proposición sobre la base de datos que estaban disponibles en el momento de preparar su oferta. Tal cosa sí le sería imputable en la medida en que no guardó la debida diligencia en la confección de su oferta.

Ahora bien, incluso en los casos en que el licitador adjudicatario hubiera obrado con la máxima diligencia para recabar la información relevante para formular la oferta, puede ocurrir que el contratista saliente incumpla sus obligaciones, negándose a suministrar la información, o bien suministrando una falsa o incorrecta, y que tal circunstancia no haya podido ser conocida por el licitador adjudicatario del contrato hasta un momento posterior a la adjudicación, pero anterior a la formalización. En este caso, si la realidad de las obligaciones que debe asumir el nuevo contratista se aparta de manera sustancial de la información suministrada y ello altera de manera relevante los parámetros económicos de la oferta realizada, cabría reconocer que una eventual renuncia a la formalización del contrato no sería imputable al adjudicatario, razón por la cual no le resultarían de aplicación las consecuencias previstas en el artículo 153.4 de la LCSP.".

La Administración demandada se apoya en la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 723/2014 de 12 Dic. 2014, Rec. 582/2013: "*De lo que se trata en este proceso es de determinar si la renuncia por la empresa recurrente a la formalización del contrato, una vez adjudicado éste, está o no justificada, ya que de ello depende la procedencia de la incautación de la garantía que acuerda la Administración.*

En este sentido hemos de decir que la posibilidad de que las deudas con la Seguridad

Código Seguro de verificación: . Permite la verificación de la integridad de una
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Social impagadas por la empresa adjudicataria del contrato anterior, puedan ser reclamadas por la Tesorería General de la Seguridad Social a la nueva empresa adjudicataria, es algo que no se puede reprochar a la Administración contratante, que nada puede hacer en relación a tal cuestión en la medida en que no es ella la acreedora de la cuotas impagadas, sino la referida Tesorería, y por otra parte el hecho de que por parte de una Asesora Técnica de la Consejería de Educación se hiciesen gestiones con el administrador concursal de la anterior empresa adjudicataria manifestándole que la existencia de tales deudas con la Seguridad Social impedían a la nueva adjudicataria ejecutar el nuevo contrato, no significa ni implica que la Administración contratante, a través del órgano de contratación competente, que es el Secretario General Técnico de la correspondiente Consejería, asuma y acepte la imposibilidad de ejecutar el contrato por la contratista adjudicataria, sino que el único alcance de tales gestiones informales a través de correos electrónicos, es facilitar la pronta ejecución del nuevo contrato ante el problema del concurso de acreedores de la anterior adjudicataria, pero no sustituir facultades y competencias que son exclusivas del órgano de contratación.

Por otra parte todo concursante en estos contratos de servicios de limpieza conoce la obligación que tiene de subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban tales servicios, y en consecuencia es consciente cuando se presenta al concurso público correspondiente del riesgo de impagos de cuotas o salarios que esta subrogación implica, y por otra parte los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que rigen esta clase de contratos no establecen ninguna previsión que autorice al contratista adjudicatario a no cumplir el contrato si tiene que asumir, por causa de aquel deber de subrogación, obligaciones salariales o de Seguridad Social del anterior contratista.

Cabe desde luego que si el contratista se ve obligado a abonar costes salariales o de Seguridad Social del anterior adjudicatario del contrato, que reclame de la Administración contratante los perjuicios que ello le produce con fundamento en la alteración del equilibrio económico-financiero del contratos, debiendo en su caso indemnizarle por estos conceptos lo Administración, pero lo que no es posible una vez adjudicado el contrato, es negarse a su formalización por una causa como la que hemos analizado.

En lo que hace a la demanda ante la Jurisdicción Social a la empresa recurrente de cuatro trabajadores de la antigua contratista en los que la primera debía subrogarse, solicitando un cambio de categoría profesional con el consiguiente incremento salarial si la demanda en cuestión fuese estimada, lo que como en el caso anterior no es más que una posibilidad, valen en buena parte las consideraciones que se han hecho, porque la categoría profesional de los trabajadores de la contrata no es algo que incumba a la Administración contratante ni un problema que ésta pueda solucionar, de manera que lo único que cabe si la demanda laboral es estimada y se incrementan los costes salariales de la contratista, es que ésta reclame ese incremento a la Administración contratante por la vía del desequilibrio económico-financiero del contrato, pero no desentenderse de su cumplimiento por este motivo, por lo que se desestima el Recurso contencioso- administrativo en su integridad.”.

Considera la actora que esta sentencia no debe aplicarse por ser anterior a la vigente Ley de Contratos y a la nueva doctrina recogida por los tribunales de justicia. No estoy de acuerdo. La sentencia resulta plenamente aplicable al supuesto, pues lo que se está enjuiciando es la posibilidad de que el nuevo contratista se vea obligado a abonar costes salariales o de Seguridad Social del anterior adjudicatario del contrato y si esa situación le exoneraría de la obligación de formalización del contrato, que es el riesgo que aquí apareció,

concluyendo que en esos casos podría reclamar de la Administración contratante los perjuicios que ello le produciría con fundamento en la alteración del equilibrio económico-financiero del contratos, debiendo en su caso indemnizarle por estos conceptos lo Administración, pero lo que no es posible una vez adjudicado el contrato, es negarse a su formalización por una causa como la que hemos analizado. Este Juzgador considera que esta tesis resulta plenamente aplicable al supuesto, ello por dos motivos.

Primero, en sí misma. Como antes se ha anticipado, la posibilidad, el riesgo de tener que asumir salarios o deudas a la Seguridad Social, del contratista anterior en este tipo de contratos, siempre existe, por lo que se pretende que se eleve a norma exoneratoria de imposición de penalidades la posibilidad de renuncia a la formalización en todo este tipo de supuestos. Como dice la Sala de Madrid, la normativa en materia de contratos ya tiene sus propios mecanismos para luchar contra estas desigualdades entre partes, sobrevenidas durante la ejecución del contrato, sin necesidad de frustrar las legítimas expectativas, privadas y públicas, en la formalización del contrato. Resulta perfectamente posible la formalización del contrato y si aparecen circunstancias negativas como las que aquí pudieron acaecer, reclamar a la Administración contratante los daños que ello le produce con fundamento en la alteración del equilibrio económico-financiero del contrato, debiendo en su caso indemnizarle por estos conceptos la Administración. Piénsese que estos costes pueden aparecer una vez ya formalizado el contrato y en esos casos, no se duda de acudir a esos mecanismos previstos en la normativa de contratos. Como dice la Sala, esa situación no ampara la renuncia a la formalización ni permite que no se pueda imputar la causa de no formalización del contrato a la empresa adjudicataria.

Segundo, existe una circunstancia poco debatida en la litis y que a este Juzgador le parece muy interesante. La causa de no formalización del contrato es el riesgo de un daño económico para la empresa, no este último. No se formaliza, no porque tenga que asumir salarios y deudas del anterior contratista, sino por la posibilidad de que esto pueda llegar a ocurrir. Ya hemos visto la solución si hubiera ocurrido pero es que el riesgo no se consumó en daño económico. La adjudicataria del contrato, que actualmente presta el servicio, no ha tenido que asumir costes de salarios de los trabajadores ni deudas con la administración de períodos anteriores a su contratación. A principios de septiembre se conoce que a los trabajadores se les ha abonado las nóminas de julio y agosto, adeudándose junio y parte (muchos de los trabajadores la perciben prorrateada) de la paga extraordinaria de verano. La testigo declara que no se le ha reclamado nada a la nueva adjudicataria del contrato, cree que los pocos salarios que quedaron pendientes fueron abonados por el FOGASA. Ya se ha afirmado, con base en la normativa y Jurisprudencia que la interpreta, que existe el riesgo, siempre, que en este tipo de contratos el nuevo adjudicatario tenga que abonar salarios y deudas de períodos anteriores. Resulta inherente a estas contrataciones por lo que podría acudirse a la doctrina del riesgo y ventura de estos contratos. Lo que aquí ha existido es un incremento del riesgo natural, propiciado por dos factores, constancia de impagos y declaración de concurso de acreedores. Incremento del riesgo que no ha fraguado en daño de sobrecostes. Luego, si la recurrente hubiera formalizado el contrato ni siquiera debería haber acudido a la alteración del equilibrio económico-financiero del contrato, entre contratista y Administración. No quiere decir este Juzgador que “a posteriori” hubiera sido muy fácil decidir sobre la formalización del contrato sino que la causa en la que se basa la actora para que no se imponga la penalidad no son unos costes adicionales sino la posibilidad, con mayores o menores indicios, de tener que sufragar esos sobrecostes adicionales, es decir, funda su tesis en un riesgo, de más o menos calado. Si se tiene en cuenta que el riesgo existe “per sé” y no hay causa legal de exclusión y lo que aquí ha ocurrido es un incremento de ese

Código Seguro de verificación: . Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

riesgo reflejado en los impagos, que al final sí se han abonado por lo que no existen sobrecostes, la demanda no puede prosperar y el recurso debe ser desestimado.

CUARTO: Dispone el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "*1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad*."

Existen las suficientes dudas de hecho y de derecho para no hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

En mérito a lo expuesto,

FALLO

Que, desestimando como desestimo íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el/la Sr./Sra. Xxxxx xxxxxx, procuradora de los tribunales en representación de xxxxxx xxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx, contra la resolución indicada en el antecedente de hecho primero, debo declarar y declaro que la misma es conforme a Derecho, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas.

Llévese la presente resolución al Libro de Sentencias de este Juzgado, y únase certificación de la misma a los autos de su razón.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado, para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. en Sevilla, dentro de los quince días siguientes al de dicha notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.