



Roj: **SAN 1360/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:1360**

Id Cendoj: **28079230042015100079**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/03/2015**

Nº de Recurso: **180/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso: 0000180 / 2013**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 02449/2013**

**Demandante: NEX CONTINENTAL HOLDING SLU**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES**

**Codemandado: AUTOMNIBUS INTERURBANOS S.A , LLORENTE BUS S.L. Y, GLOBALIA AUTOCARES S.A**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil quince.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº **180/2013** seguido a instancia de **NEX CONTINENTAL HOLDING SLU** que comparece representada por el Procurador D<sup>a</sup> Ana Tartiere Lorenzo y asistida por el Letrado D. Martín Moreno Fernández, contra la resolución dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, siendo parte demandada en el presente recurso **GLOBALIA AUTOCARES SA**, representada por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot y dirigido por Letrado D. Fernando de Llano San Claudio, y como codemandados AUTOMNIBUS INTERURBANOS S.A , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Julia Corujo, LLORENTE BUS S.L.. representada por el Procurador D. Julio Tinaquero Herrero y, **GLOBALIA AUTOCARES S.A** representada por D. Noel de Dorremochea Guiot.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- Con fecha 12 de junio de 2013 tuvo entrada recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 5 de abril de 2013 (Rec 137 y 141) dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

**SEGUNDO.**- Reclamado el expediente administrativo el 28 de noviembre de 2013 se formuló demanda en la que se solicitaba que se declare la no conformidad a derecho de la resolución recurrida en cuanto anula las cláusulas 4.10.2 y 2.1.5 del pliego y la licitación efectuada en todos sus trámites y, en consecuencia, acuerda la plena validez y adecuación a derecho de la Resolución de 18 de diciembre de 2012 de la Dirección General de Transporte Terrestre por la que se convocó la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicios de transporte regular permanente y de uso general de viajeros entre Madrid, Granada y Nerja (AC-CON 85/2012) y se aprobó el pliego por el que se ha de regir la licitación, manteniendo los trámites efectuados en el procedimiento de contratación y ordenando la prosecución a partir del momento en que fue interrumpido.

**TERCERO.**- La Abogacía del Estado presentó escrito el 5 de diciembre de 2013 indicando que no procedía a contestar la demanda y que, de hecho, la Resolución había sido recurrida en el Rec. 122/2013. El 13 de enero de 2014 presentó escrito de contestación a la demanda **GLOBALIA AUTOCARES SA** oponiéndose a la misma.

**CUARTO.**- Practicada la prueba propuesta, se presentaron escritos de conclusiones los días 5 y 21 de marzo, respectivamente. Al haber varios asuntos conexos se acordó su señalamiento conjunto, fijándose al efecto el 18 de marzo de 2015.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTO DE DERECHO

**PRIMERO.** - Debemos comenzar por indicar que, en esta Sala, existen cuatro recursos contra la misma Resolución: el 122/2013 interpuesto por la Abogacía del Estado; el 180/2013 interpuesto por NEX CONTINENTAL HOLDING SLU; el 188/2013 interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA y el 193/2013 interpuesto por **GLOBALIA AUTOCARES SA**.

Aunque los motivos de impugnación de los recursos y las perspectivas de las diferentes partes recurrentes no son coincidentes, la Sala decidió señalar los mismos para su examen conjunto el 18 de marzo de 2015.

**SEGUNDO.**- La Resolución recurrida fue dictada por el TACRC el 5 de abril de 2013 en relación con los recursos presentados por **GLOBALIA AUTOCARES SA** contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 2012 por la que se convoca la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Zaragoza y Murcia y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación; y contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 2012 por la que se convoca la licitación, por procedimiento abierto, de la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Madrid-Granada-Nerja y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación.

En dicha Resolución se acordó estimar en parte el recurso y anular la cláusula 4.10.2 en lo relativo a la preferencia contenida en los pliegos a favor del concesionario saliente y la cláusula 2.1.5 de los pliegos en lo que hace a la subrogación obligatoria del adjudicatario. En consecuencia se anulaba la licitación.

Conviene precisar que la parte recurrente limita su recurso a la impugnación del tramo correspondiente a Madrid-Granada-Nerja y por ello, sólo pide la confirmación de la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 2012.

**TERCERO.**- Se sostiene por la entidad recurrente la falta de legitimación de GLOBALIA para impugnar la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 2012.

En esencia se viene a sostener que no es posible impugnar el pliego rector del contrato y, al mismo tiempo, participar en el concurso. Este argumento ya fue esgrimido ante el TACRC. El Tribunal sostuvo que "nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna [los pliegos] pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato".

La Sala comparte la opinión del TACRC pues no permitir que quien impugna los pliegos no pueda concurrir a la licitación supondría restringir su derecho al recurso con nítida repercusión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.



En efecto, conforme a lo establecido en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) "podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso". Esta norma no establece restricción alguna a tenor de la cual, quien haya impugnado los pliegos del concurso, no pueda, con posterioridad concurrir a la licitación.

Es más, como hemos indicado, la interpretación que propone la codemandada podría concluir en una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de quien impugna el pliego, no siendo posible adoptar una interpretación que restrinja tal derecho.

En efecto, como es sabido, con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, no es posible impugnar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, entre otra muchas, la **STS de 9 de febrero de 2001 (Rec. 1090/1995)** razona que "el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones". Doctrina que solo cede, como matiza la indicada sentencia, en los supuestos en los que los pliegos incurriesen en causa de nulidad de pleno derecho.

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos a impugnarlas antes de concurrir. Si por el ejercicio de dicha impugnación se tradujese en que no puede participar en el concurso, el impugnante correría el riesgo de perder definitivamente su derecho a la adjudicación de desestimarse su recurso. Sin que el ejercicio de su derecho a recurrir pueda traducirse en una disminución o restricción de sus legítimas expectativas.

Procede rechazar este motivo de impugnación.

**CUARTO.-** Se razona que no procedía calificar y admitir como recurso especial de contratación el recurso interpuesto por GLOBALIA y que, en consecuencia, al ser inadecuada la vía de recurso escogida el acto devino firme.

Los pliegos en su cláusula 3.7 dispone que "podrán ser impugnados a través del recurso especial en materia de contratación, los actos enumerados en el art. 40 del TRLCSP, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato, IVA excluido, sea superior a 500.000 ? y el plazo de duración sea superior a 5 años". Por otra parte, en la Resolución de Convocatoria de licitación se indica que podrá interponerse recurso especial en materia de contratación en la forma establecida en el art. 44 TRFLCSP; recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Madrid.

La entidad recurrente interpuso recurso de reposición, siendo la Secretaría General Técnica la que elaboró un informe indicado que para determinar la cuantía debía estarse a los "gastos de primer establecimiento", es decir, los gastos necesarios para el inicio en forma normal del funcionamiento. Pues bien, teniendo en cuenta el precio por unidad de los vehículos necesarios para iniciar el servicio resulta que la cuantía sería de 3.222.431 ?, siendo el plazo de duración de diez años. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el art. 40.1.c) del TRLCSP procedía la interposición especial regulado en los arts. 40 y ss. Por eso y con base a tal informe se remitieron las actuaciones al TACRC.

El TEAC analizó el problema y concluyó que en el pliego se concedía la opción entre el recurso de reposición y el recurso especial, esta opción "es completamente anómala en nuestro ordenamiento jurídico donde el recurso de reposición se configura como un recurso de naturaleza potestativa pero completamente incompatible con cualquier otro recurso en vía administrativa y, además, agotador en la misma". En ejercicio de dicha opción se optó por interponer el correspondiente recurso de reposición que luego resultó no ser el adecuado. Añadiendo que conforme al art 110.2 de la Ley 30/1992, el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

En realidad el problema se centra en que la cláusula 3.7 no dice que procediese la interposición del recurso especial -de carácter potestativo conforme al art. 40.6 LCSP -, lejos de ello, dispone que podrá interponerse dicho recurso "cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato sea superior a 500.000 ? y el plazo de duración sea superior a 5 años". Y la Resolución de Convocatoria de licitación tampoco



indica que procediese el recurso especial. Pues bien, lo que ocurrió fue que la recurrente interpretó que los gastos de primer establecimiento no superaban los 500.000 ? y la Administración, por el contrario y aplicando el método de cálculo que describe en el informe, entendió que sí. De aquí la remisión del expediente al TACRC. Existe, por lo tanto, una cierta ambigüedad en la indicación de la Administración que no puede perjudicar a la entidad recurrente.

Debe tenerse en cuenta que dicha cuantificación no se establece en el pliego de condiciones y que la misma se fija por primera vez en el escrito elaborado por la Secretaría General Técnica de fecha 28 de febrero de 2013, realizándola con base a la aplicación de los datos de partida en el Observatorio de Costes de Transportes de Viajeros de Autocar. Y es que al ser el criterio determinante del juego del recurso especial la cuantía de los gastos de primer establecimiento y no indicarse con precisión por la Administración que dichos gastos eran superiores, existe un margen de apreciación del recurrente a la hora de optar por el recurso procedente que, en principio, no puede perjudicarlo. Ya que, valorando el contexto en que se ha producido la impugnación, como sostiene el TACRC "no puede decirse que fuera responsabilidad suya no haber interpuesto el recurso que procedente en este caso".

Procede, por lo tanto, rechazar este motivo de impugnación.

**QUINTO.-** Se sostiene la ilegalidad de la Resolución recurrida al proceder a la anulación de la cláusula 4.10.2 de los pliegos. Conforme a dicha cláusula: "En el supuesto de que el anterior concesionario interviniera en la licitación y oferta mereciera una valoración similar a la mejor del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre estas, según se establece en el art. 73.3 del ROTT, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas, cuando el fin de la concesión no se haya debido a caducidad o renuncia y no haya sido sancionado en ninguno de los tres años naturales anteriores al de finalizar el plazo contractual, ni en éste, por la comisión de tres o más infracciones de carácter muy grave, o de siete o más de carácter grave, realizándose a tal efecto el correspondiente cómputo acumulando a las infracciones graves las muy graves cuando estas últimas no alcancen el número de tres".

El TACRC admite, tras analizar la normativa de aplicación, que la citada cláusula es contraria a Derecho y se remite al efecto al criterio sostenido en varias sentencias del Tribunal Supremo.

Pues bien, la Sala debe confirmar el argumento dado por el TACRC por las siguientes razones:

1.- Hasta la modificación operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, el art. 74.2 de la Ley 16/987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) establecía que "en el supuesto de la oferta, que en su caso hubiese presentado el anterior concesionario, mereciera similar valoración que otra u otras de las presentes, deberá tener preferencia sobre las mismas, siempre que la prestación del servicio, se haya realizado en condiciones adecuadas, en los términos que reglamentariamente se determinen". Esta era la redacción vigente cuando se dictó la Resolución convocando la licitación. La norma anterior se encuentra en la actualidad recogida en el art. 74.3 y conforme a la misma, vigente desde el 25 de julio de 2013, "cuando el objeto de un nuevo contrato sea la gestión de un servicio que ya se venía prestando con anterioridad, se adjudicará al anterior contratista siempre que éste hubiese cumplido satisfactoriamente el anterior contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas".

Conviene tener presente que conforme a la regulación anterior -aplicable al caso de autos- bastaba que la oferta del anterior contratista "mereciera similar valoración" que el resto de las presentadas y que conforme a la nueva redacción es preciso que la oferta sea "la misma que la mejor del resto de las presentadas", es decir, sólo puede operar la prioridad o ventaja en caso de empate.

2.-Desarrollando dicha norma el art 73 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres (ROTT), aplicable al caso de autos, establecía que: "En el supuesto de que la oferta que, en su caso, hubiese presentado el anterior concesionario, recibiera una valoración global similar a la mejor o mejores del resto de las ofertas presentadas, tendrá preferencia sobre estas, siempre que la prestación del servicio se haya realizado en condiciones adecuadas....Se entenderá que se produce la similitud de ofertas a que se refiere el párrafo anterior cuando existiendo valoración cuantitativa, la oferta del anterior concesionario mereciera una valoración que no difiera de la mejor de las restantes en más de un 5 por ciento de la puntuación máxima posible". Norma que ha sido derogada por la Ley 9/2013 con efectos de 25 de julio de 2013.

Por lo tanto, como con acierto dice el TACRC, siempre que la oferta del anterior adjudicatario no difiriese de la mejor de las restantes en más de un 5% operaría la preferencia a su favor.

3.- La modificación del anterior régimen no es casual y obedece a la invitación -conforme al art 258 TFUE -realizada por la Comisión Europea el 20 de junio de 2013, para que el Gobierno Español, en lo que ahora nos



interesa, modificase el contenido de los anteriores artículos, al estimarse que los mismos eran contrarios a la normativa de la Unión Europea.

Por entender la Comisión que el sistema entonces vigente y aplicado al caso de autos, constituía un restricción a las libertades de establecimiento y prestación de servicios contrarias al art. 49 TFUE .

Y es que, en efecto, el considerando 20 del Reglamento 1370/2007 (CEE), de 23 de octubre, dispone que "cuando una autoridad pública decide confiar una misión de servicio de interés general a un tercero, debe elegir el operador de servicio público en cumplimiento del Derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones, conforme a lo establecido en los artículos 43 a 49 del Tratado y a los principios de transparencia e igualdad de trato. En particular, las disposiciones del presente Reglamento deben aplicarse sin perjuicio de las obligaciones impuestas a las autoridades públicas con arreglo a las directivas de contratación pública cuando los contratos de servicio público entren en su ámbito de aplicación". Estableciendo el art. 5.3 que: "Toda autoridad competente que recurra a un tercero que no sea un operador interno deberá adjudicar los contratos de servicio público con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo, salvo en los casos indicados en los apartados 4, 5 y 6. El procedimiento adoptado para la licitación estará abierto a cualquier operador, será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación. Tras la presentación de las ofertas y una posible preselección, podrán llevarse a cabo negociaciones, siempre en cumplimiento de los mencionados principios, con el fin de precisar los elementos que mejor permitan responder a la especificidad o la complejidad de las necesidades".

Pues bien, para la Comisión Europea el sistema de preferencia antes descrito "se traduce en un trato más favorable hacia el concesionario saliente que hacia los otros candidatos". Constituyendo una "discriminación indirecta de los demás operadores interesados, por lo que contravendría el principio de igualdad de trato". Añadiendo que "la restricción litigiosa no parece estar justificada por motivo alguno y en todo caso, la eventual justificación no guardaría proporción con el objetivo que persigue, ya que podrían ponerse en práctica otros medios alternativos menos restrictivos". A lo que añade la Comisión Europea la posible infracción del art 44 de la Directiva 2004/18/CE .

En esta línea conviene añadir que en las Conclusiones del Abogado General C-72/10 y C-77/10 se sostiene que "ciertamente, un sistema específico de protección de los concesionarios históricos constituiría una restricción a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios"; si bien el propio dictamen admite que "tales restricciones pueden justificarse por razones imperiosas de interés general".

4.- Llegados a este punto, la Sala comparte las razones dadas por el TCRC conforme a las cuales "la preferencia establecida en el pliego no sólo en caso de empate, beneficia al anterior concesionario incluso en el caso de que su valoración sea menor (hasta el 5% de la puntuación máxima posible). Esta preferencia es excesiva a juicio de este Tribunal, no respeta el principio de igualdad de trato a los licitadores, no está justificada por razones de interés público claramente visibles, ni es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido con la licitación, pues es perfectamente posible que cualquiera de los demás licitadores pueda ejecutar el servicio en perfectas condiciones".

Podría razonarse que la dicción literal de la normativa aplicable y vigente en el momento en que se convocó la licitación permitía a la Administración operar de dicho modo, a lo que cabría alegar que los términos de la ley -no así del reglamento- eran lo suficientemente amplios como para permitir una interpretación más acorde con la normativa comunitaria y que, en todo caso, contravenían el Derecho de la Unión.

Como por otra parte lo ha entendido el Tribunal Supremo. Así, las **STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 2460 y 3314/2011)** razonan que son conformes a Derecho las sentencias del TSJ de Madrid que respetando el "ámbito de discrecionalidad del que debe disponer la Administración, ..... deja el establecimiento de una forma de valoración de los conceptos señalados por el artículo 73 y de aquellos cuya relevancia lo exija que permita elegir la oferta más ventajosa para los intereses públicos sin que el juego de factores como la preferencia del anterior concesionario y del cumplimiento de una obligación legal sean determinantes". Doctrina que reitera en las **STS de 5 de abril de 2013 (Rec. 2459 y 2461/2011 ) y 20 de septiembre de 2014 (Rec. 2337/2013 )**, entre otras.

Por lo tanto, también éste el motivo debe desestimarse.

**SEXTO.-** Por último se impugna la decisión del TACRC de anular la cláusula 2.1.5 -condiciones especiales no susceptibles de variación- que establece la subrogación obligatoria de los trabajadores. Conforme a esta cláusula: "De acuerdo con el art 4.5 del Reglamento CEE nº 1370/2007 que es una norma de aplicación directa y con lo dispuesto en el art. 120 TRLCSP, el adjudicatario estará obligado a subrogarse como empleador en las relaciones laborales del antiguo concesionario, siempre que se de la condición fijada en el apartado 4.11 sobre aceptación del personal afectado. Los trabajadores a los que afecta la subrogación y sus condiciones de





contratación, así como los costes laborales que implica tal medida, serán exclusivamente los que figuran en el Anexo V de este pliego. Salvaguardando el contenido del párrafo anterior, el incumplimiento de la obligación de subrogación durante la ejecución del contrato, será causa de resolución del mismo, según el art 223 apartado f) del TRLCSP".

Establece, en lo que nos interesa, la cláusula 4.11 que: "La Dirección General de Transporte Terrestre comunicará al licitador seleccionado la voluntad de las personas afectas, cuyos contratos tiene que absorber, incluyendo en dicha comunicación el marco laboral a respetar a dicho personal, independientemente de su naturaleza colectiva/individual, de acuerdo con el Anexo V. En caso de que el empresario que venía prestando servicios incumpliera la obligación de notificar a la Dirección General de Transporte Terrestre la voluntad expresa de los trabajadores afectados contenidos en el Anexo V de aceptar la absorción, no procedería la aplicación de la cláusula de resolución del contrato respecto al nuevo adjudicatario por no llevar a cabo la subrogación personal".

Pues bien, la tesis del TACRC es que la obligación de subrogación sólo opera cuando esta contemplada en el Convenio Colectivo del Sector o en la ley, sin que la Administración pueda imponerla "ex novo".

La Sala quiere comenzar por indicar que aunque las **STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 2460 y 3314/2011 )**; **STS de 5 de abril de 2013 (Rec. 2459 y 2461/2011 )** y **20 de septiembre de 2014 (Rec. 2337/2013 )**, anularon una cláusula de contenido similar, el supuesto que ahora enjuiciamos no es el mismo. En efecto, en aquellos casos se analizaban casos en los que el compromiso de absorber o mantener, en el momento del inicio de la explotación, al personal del antiguo concesionario en idénticas condiciones se puntuaba con 15 puntos. Y lo que se dijo y confirmó por dichas sentencias es que dicha atribución de puntos, en conexión con una escasa puntuación de los factores económicos, beneficiaba desproporcionadamente a los anteriores adjudicatarios.

El supuesto de autos es distinto, pues la "absorción" no se puntúa, se impone como una obligación al adjudicatario de la contrata, sin duda con el fin de contribuir a la estabilidad en el empleo de los trabajadores. A los que no se impone la subrogación en la nueva empresa, pues la misma depende de "la voluntad de las personas afectas". Por lo tanto, podrán optar entre seguir prestando sus servicios en la empresa en la que venían haciéndolo, o bien optar por prestarlos en la nueva adjudicataria.

**SÉPTIMO.-** Llegados a este punto conviene realizar, sin ánimo exhaustivo, una descripción sucinta de la doctrina elaborada en supuestos de sucesión de contratas, pues sólo desde la comprensión de dichas teorías es posible entender el error, que a juicio de la Sala, comete el TACRC.

En efecto, cuando se habla de subrogación en las relaciones laborales en las contratas es posible diferenciar, claramente, tres supuestos: la subrogación legal; la subrogación convencional y la subrogación contractual.

1.- La subrogación legal viene establecida en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y procede cuando se transmite una "entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio". Por lo tanto, deberá analizarse en cada caso su como consecuencia de la sucesión en la contrata se produce dicha transmisión de medios. Teniendo en este punto enorme importancia la jurisprudencia fijada por el TJUE al interpretar la Directiva 23/2001/CE. En este sentido, en la **STJUE de 18 de marzo de 1986 (24/85 )** se afirma que no siempre que se produce una sucesión de contratas existe transmisión y por tanto obligación de subrogación en los derechos de los trabajadores, debiendo valorar el juez nacional si ha existido una sucesión de activos que permitan afirmar que existe transmisión de una empresa u organización con capacidad productiva. No obstante, conviene tener en cuenta que el TJUE ha matizado que en algunos casos, la empresas no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento, teniendo, sin embargo, una gran relevancia la mano de obra, por lo que el criterio para determinar si ha existido o no sucesión vendrá determinado por la contratación de una parte importante de la mano de obra del antecesor - **STJUE de 10 de diciembre de 1998 (C-127/96 ; C-229/96 y C-74/97)**-.

Lógicamente la materia es más compleja, pero a efectos de este litigio lo que nos interesa destacar es que, en estos caso, la obligación de subrogación nace *ex lege* , por expresa imposición de la normativa de la Unión Europea y de la legislación española. Desde esta perspectiva se entiende que el informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con acierto, razone que la subrogación es cuestión que debe ser resuelta "de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores ". Pues, en efecto, lo que determina la procedencia y corrección en la subrogación es la ley, no el pliego de cláusulas administrativas.

2.- La subrogación convencional se produce cuando la misma se establece por la vía de un convenio colectivo estatutario. Es decir, aunque no concurren los requisitos exigidos por la Directiva y la ley española es perfectamente legítimo que se establezca la subrogación por la vía de la negociación colectiva. Lo cual es



frecuente que se produzca en determinados sectores: limpieza, vigilancia y seguridad, hostelería, etc. Pues bien, en estos casos la subrogación será exigible en los términos exigidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, pues conforme al art. 82.3 del ET los convenios colectivos estatutarios tienen eficacia *erga omnes* y, por lo tanto, obligan a "todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia".

Lógicamente, las condiciones en que deba producirse la subrogación no las fija el pliego de condiciones, sino el Convenio Colectivo aplicable que, recordemos, tiene garantizada "fuerza vinculante" por el art. 37.1 de la Constitución .

Se entiende ahora que en el dictamen 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sostenga que la subrogación no dependa de lo establecido en el pliego, sino en "los respectivos convenios colectivos".

Y que, en general, el informe 32/2002, de 23 de octubre, sostenga "la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuales serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato que son, no sólo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que procedan de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos".

3.- Por último existe la denominada subrogación contractual. En estos casos no existe obligación legal o convencional, pero la obligación de subrogar nace del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en nuestro caso, del pliego de condiciones de la contrata.

**OCTAVO.-** El tema es mucho más complejo, pero la anterior descripción nos permite analizar donde se encuentra nuestra discrepancia con el TACRC. En efecto, mientras que la subrogación legal y la convencional es obligatoria para las empresas y los trabajadores; cuando se trata de una subrogación convencional, el pacto entre la Administración y el nuevo contratista, no puede ser obligatorio para el trabajador. Pues como razona con acierto el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005 este tipo de cláusulas "supone, *de facto*, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato".

Dicho de otro modo, la subrogación convencional no puede ser obligatoria para los trabajadores, sino que es voluntaria y así se deriva del principio contenido en el art. 1205 del Código Civil . Y por esa razón, en el presente caso, con absoluta corrección, la cláusula no impone la subrogación, sino que exige la expresa voluntad del trabajador.

Ahora bien, una cosa es que conforme al correcto dictamen de la Abogacía del Estado no se pueda imponer la subrogación a los trabajadores y otra muy distinta -aquí se encuentra a nuestro juicio el error del TACRC- que no puedan establecerse en los pliegos de condiciones un pacto de subrogación condicionado a la aceptación de los trabajadores y en defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y en el empleo.

**NOVENO.-** Los motivos que el TACRC esgrime para declarar la nulidad de la cláusula, por lo expuesto no nos parecen correctos. Pues, por una parte, el hecho de que no exista convenio de aplicación y, por lo tanto, no proceda la subrogación convencional, no implica que no exista subrogación legal -no tenemos datos suficientes al efecto, pues dependen de cada caso concreto- y, además, tampoco implica que no pueda existir subrogación contractual. Ahora bien, centrándonos en esta última, lo razonado no debe ser óbice para que nos planteemos si más allá de esta argumentación la inclusión de este tipo de cláusulas es o no contraria al ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión el establecimiento de dichas cláusulas, siempre condicionadas a la previa aceptación por el trabajador afectado, es legítima por las siguientes razones:

1.- Por estar amparada en el principio de libertad de pactos contenido en el art 25 LCSP . Conforme al cual "en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración".

2.- Por tener, asimismo amparo en lo establecido en el art. 120 LCSP a cuyo tenor: "En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá 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. 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 éste".



Repárese en que la norma habla, literalmente, "de aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales". Término que, sin duda alguna, ampara los tres tipos de subrogación y no excluye a la subrogación convencional.

Pues como se razona en la **STS (Soc) de 5 de abril de 1993 (Rec 207/1992)** cuando "el dueño de la actividad sea un ente administrativo que la adjudique mediante concesión o contrata, los pliegos de condiciones puedan ocuparse -y generalmente lo hacen- sobre la asignación del personal de los adjudicatarios anteriores a los sucesivos, imponiendo la subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo; lo cual es posible, no porque se deje a la discrecional voluntad del ente público la posibilidad de establecer o no la subrogación que se impone " *ope legis* "; sino porque, en tal caso, el pliego de condiciones lo que haría sería perfilar el objeto de la concesión y despejar, de antemano, cualquier duda que pudiera plantearse al respecto y, sobre todo, poner de manifiesto la asunción de la obligación de subrogarse".

3.- Por ser esta también la línea en la que se mueve nuestra jurisprudencia. Así, la **STS (Soc) de 4 de abril de 2005 (Rec. 2423/2003)** sostiene que la sucesión sólo se produce cuando al anterior empresario "le suceda otro en la explotación de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma", lo que exige "que entre cedente y cesionario exista una transmisión de activo patrimonial". Fuera de tales casos, "la sucesión únicamente se produce por que la imponga el convenio colectivo estatutario que sea de aplicación, o, con determinadas restricciones, cuando se derive del pliego de condiciones de la concesión". Es decir, que según esta sentencia es posible que el pliego de condiciones -con determinadas restricciones- establezca la obligatoriedad en la subrogación. O la más reciente **STS (Soc) de 13 de noviembre de 2013 (Rec. 1334/2012)** en la que se razona que fuera de los supuestos de subrogación *ex lege*, "solo será exigible si surge de la norma convencional o la imponía, en su caso, el régimen de obtención de la contrata -como puede suceder con la imposición de tal condición en el pliego de condiciones por parte de la Administración-, en cuyo caso habrá de estarse a esa fuente para delimitar el alcance de la obligación de subrogarse".

4.- Por último, no consideramos que el establecimiento de este tipo de cláusula, tal y como se ha configurado en el presente supuesto, suponga una discriminación contraria a la competencia. Si lo fue, tal y como se configuró en los pliegos anteriores en los que por asumir la subrogación se concedían 15 puntos, lo que claramente, en unión de otros datos y como hemos razonado así lo entendió el Tribunal Supremo, favorecía claramente al contratista saliente o anterior adjudicatario.

Pero no lo es en el caso de autos, pues tal dato no es factor determinante de la adjudicación, sino cláusula social, cuya eficacia no se impone necesariamente sino que queda condicionada a la voluntad del trabajador y que pretende la defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y, por tanto, tiene un claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo.

Es más, de conformidad con el art. 4.5 del Reglamento 1370/2007, "Sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que este hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios".

Norma en la que, como venimos razonando, más allá de la subrogación legal -"sin perjuicio del Derecho nacional o comunitario"- y de la subrogación convencional -"incluidos los convenios colectivos"-, tiene cabida la subrogación convencional -"las autoridades competentes podrán solicitar al operados de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que este hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE-".

5.- Porque reforzando esta interpretación, la actual redacción del art 75 de la LOTT, dada por la ley 9/2013, de 4 de julio, establece que : "Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones deberá imponer al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del artículo 73.2. En este supuesto, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".





Ciertamente, el nuevo artículo no es de aplicación al caso de autos. Pero, aparte de eliminar toda duda que pudiera tenerse sobre la legalidad de la subrogación contractual, es claramente indicativa de la existencia de un claro interés público en la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo, en el sector del transporte terrestre por carretera, que, como hemos venido razonando, ya se daba con anterioridad al dictado de la actual regulación. Por ello estimamos que la cláusula, tal y como está configurada, es proporcionada y no supone lesión de los intereses de los potenciales adjudicatarios.

La parte demandada alega que la empresa saliente puede "inflar" los trabajadores adscritos a la contrata, pero sin perjuicio de que pueda discutirse tal posibilidad de resultar acreditada, lo cierto es que no existe prueba concreta alguna de dicha sobredimensión en los trabajadores descritos en el Anexo V.

Para finalizar, la Sala no ignora que la **STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (Rec. 1905/2011)**, analizando un supuesto similar ha llegado a la solución contraria, pero siempre con el respeto que nos merece dicha resolución y por las razones que hemos expuesto, discrepamos de su parecer.

**DÉCIMO.**- No procede condena en costas - art 139 LJCA -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

**Estimar en parte** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D<sup>a</sup> Ana Tartiere Lorenzo, en nombre y representación de **NEX CONTINENTAL HOLDING SLU** contra la Resolución de 5 de abril de 2013 (Rec 137 y 141) dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual anulamos por su disconformidad a Derecho, exclusivamente en cuanto anula la cláusula 2.1.5 de los Pliegos, con las consecuencias inherentes a esta declaración y, en su lugar, declaramos la conformidad a Derecho de dicha cláusula. Sin condena en costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se **no** tificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.