

Roj: **STS 227/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:227**Id Cendoj: **28079130042017100010**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **23/01/2017**Nº de Recurso: **1874/2015**Nº de Resolución: **87/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CELSA PICO LORENZO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1360/2015,**
STS 227/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de enero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1874/15 interpuesto por el procurador de los tribunales D. Noel Alain de Dorremochea Guiot en nombre y representación de Globalia Autocares, SA contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015 dictada en el recurso 180/2013 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, seguido a instancias 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. Ha sido parte recurrida Nex Continental Holdings, SL representada por la procuradora de los tribunales Dª Ana Tartiere Lorenzo y Llorente Bus, SL, representada por el procurador de los tribunales D. Juan Antonio Tinaquero Herrero.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 180/13 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª se dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2015, que acuerda: "Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Dª 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".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Globalia Autocares, S.A. se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 2 de julio de 2015 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de Nex Continental Holdings, SLU mediante escrito de fecha 4 de diciembre de 2015 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso. Teniéndose por precluido dicho trámite respecto de Llorente Bus, S.L. por diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2015.



QUINTO.- Por providencia de 4 de julio de 2016 se señaló para votación y fallo para el 17 de enero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Globalia Autocares SA interpone recurso de casación 1874/2015 contra la sentencia estimatoria parcial de fecha 25 de marzo de 2015 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4ª en el recurso 180/2013 deducido por Nex Continental Holding SLU contra la resolución de 5 de abril de 2013 (Rec. 137 y 141) adoptada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, contra la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 2012. La sentencia revoca la anulación de la cláusula 2.1.5 de los Pliegos y declara su conformidad a Derecho.

El PRIMER fundamento de la sentencia (completa en Cendoj Roj: SAN 1360/2015 - ECLI:ES:AN:2015:1360 Id Cendoj: 28079230042015100079) señala la existencia de cuatro recursos contra la misma resolución que han sido enjuiciados en la misma fecha.

En el SEGUNDO plasma que la Resolución del TACRC de 5 de abril de 2013 resuelve 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 que 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 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 que 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 aprueba el pliego que ha de regir la licitación. Señala que la Resolución estima en parte el recurso y anula 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 anula la licitación.

Precisa que la sociedad recurrente limita su recurso a la impugnación del tramo correspondiente a Madrid-Granada-Nerja y sólo pide la confirmación de la Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 2012.

En el TERCERO rechaza la falta de legitimación de Globalia Autocares, S.A..

El CUARTO rechaza la inadecuación de la vía del recurso especial.

En el QUINTO se explaya prolijamente sobre la conformidad a derecho de la anulación de la cláusula 4.10.2 de los pliegos acordada por el TACRC.

Tras ello en el SEXTO enjuicia la cláusula 2.1.5 indicando, en primer lugar, que la cuestión difiere de la resuelta en las SSTS de 25 de enero, 5 de abril de 2013 y 20 de setiembre de 2014, aun cuando fuere similar. Resalta que ahora no se impone la absorción de los trabajadores por la nueva empresa que podrán seguir en la antigua adjudicataria.

En el SÉPTIMO recoge la doctrina elaborada en la sucesión de contratos con cita del art. 44 ET y de las STJUE de 18 de marzo de 1986 y 10 de diciembre de 1998.

Tras ello en el OCTAVO arguye que la subrogación convencional no puede ser obligatoria para los trabajadores. Y por esa razón la cláusula no impone la subrogación sino que exige la expresa voluntad del trabajador.

Finalmente en el NOVENO no reputa correcta la nulidad de la cláusula que considera legítima por estar amparada en el principio de libertad de pactos contenido en el art 25 LCSP y por ser esta también la línea de la jurisprudencia de la Sala Cuarta. Sostiene que el establecimiento de este tipo de cláusula no supone una discriminación contraria a la competencia.

Concluye que la actual redacción del art 75 de la LOTT, dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio que refuerza tal interpretación si bien no es de aplicación al caso de autos, es indicativo de la existencia de un claro interés público en la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo.

Finalmente la Sala expresa que 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.

SEGUNDO.- 1. Un único motivo de recurso al amparo del art. 88.1. d) LJCA alega infracción del art. 4.5 del Reglamento CE 1370/2007 y del art. 75.4 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, LOTT así



como la doctrina jurisprudencial en relación con la subrogación en los contratos de trabajo para el caso de concesiones de transporte de viajeros por carretera.

Invoca la STS de 16 de marzo de 2015 que ha ratificado la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014, sobre un pliego idéntico, en el sentido de que (...) *la circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario no permite que en un pliego contractual se establezca dicha subrogación como obligación en todo caso y con las consecuencias que ello conlleva, sin que se derive una conclusión distinta del Reglamento (CE) nº 1370/2007, ni del artículo 104 de la LCSP (...)*.

Añade que antes de la reforma de la LOTT en el año 2013 no era obligatoria la subrogación desde la regulación normativa de la actividad, sino que se remitía a la legislación laboral.

Insiste en que la LOTT es aplicable a la subrogación como legislación específica aplicable al caso, que prevalece sobre la normativa general y remite a la legislación laboral la procedencia o no de la subrogación. Si la legislación laboral contempla la subrogación sería aplicable. En caso contrario, prevalece el TRLCSP, que es compatible con el Reglamento

CE/1370/2007.

Concluye en que con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento CE/ 1370/2007 y con él del artículo 4.5 que la Sentencia invoca la DGTT mantuvo en los pliegos la incorporación "voluntaria" de la subrogación a través de un número de puntos que seguían haciéndola de hecho obligatoria y nuevamente el TSJM anuló la citada cláusula 2.1.5 referente a la subrogación.

Subraya el contenido de la antes citada Sentencia de 12 de febrero del TSJM donde los pliegos son idénticos a los aquí considerados e igual la cláusula 2.1.5 y la anulación de ella efectuada por el TSJM .

1.1. Muestra su oposición la representación de Nex Continental Holdings, SLU.

Entiende que la cláusula no es idéntica a la invocada ya que ahora recoge la necesaria aceptación del personal afectado para que pueda producirse la subrogación por lo que no es igual al supuesto examinado en la STS de 16 de marzo de 2015 .

En apoyo de su posición invoca múltiples Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo así como de distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia sobre sucesión de empresas.

TERCERO.- Previamente a resolver debe ponerse de manifiesto que en la Sentencia de 25 de marzo de 2015 dictada en el recurso 193/2013 (cuyo recurso de casación 1958/2015 se ha examinado también en el día de hoy) la Sala de la Audiencia Nacional indica en su primer fundamento que examinó conjuntamente cuatro recursos deducidos contra la misma Resolución: el 122/2013 interpuesto por la Abogacía del Estado, el 180/2013 deducido por Nex Continental Holdings, SL, el 188/2013 deducido por Autobús Teruel-Zaragoza y el 193/2013 formulado por Globalia Autocares, SA.

Resulta relevante reseñar que la sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 en el procedimiento 188/2013 devino firme al ser declarado desierto el recurso de casación 2354/2015 preparado por Globalia Autocares, SA mediante Decreto de 16 de septiembre de 2015.

Mientras la sentencia recaída en el recurso de casación 1602/2015 que enjuició el 122/2013 estimó, en fecha 8 de junio de 2016 el de Globalia Autocares, SA anulando la Sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 por lo que, en paralelo, desestimó el recurso del Abogado del Estado contra la resolución de 5 de abril de 2013 que había anulado dos cláusulas de los pliegos de condiciones del concurso convocado el 5 de noviembre de 2012.

CUARTO.- Dado que el motivo de recurso articulado por Globalia Autocares, SA es prácticamente idéntico al desarrollado en el recurso de casación 1602/2015 procede, en unidad de doctrina y seguridad jurídica, reproducir los fundamentos cuarto a séptimo de la antedicha sentencia.

CUARTO.- Ayudará a resolver el presente recurso de casación tener presente el tenor de la cláusula 2.1.5., qué dice el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007, y qué decía hasta su modificación y qué dice ahora el artículo 75 de la Ley 16/1987 .

Pues bien, la cláusula 2.1.5. establece:

«2.1.5 De acuerdo con el artículo 4.5 del Reglamento (CE) nº 1370/2007 que es una norma de aplicación directa y con lo dispuesto en el TRLCSP, el adjudicatario estará obligado a subrogarse como empleador en las relaciones laborales del antiguo concesionario, siempre que se dé 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 artículo 223 f) del TRLCSP».

Por su parte, el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007 dice:

«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 éste hubiera tenido si se hubiera 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 enumeraran el personal afectado y detallaran de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios».

El artículo 75 de la Ley 16/1987 decía en lo que interesa aquí:

«4. Cuando como consecuencia de lo establecido en esta Ley, resulte adjudicataria de la concesión una empresa distinta de la que hasta entonces hubiera explotado el servicio, se observarán respecto a la posible subrogación de la misma en las relaciones con los trabajadores de la anterior, las normas establecidas en la legislación laboral.»

Y, a partir de la Ley 9/2013, dice:

«4. 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.

Tal información se suministrará teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

A los efectos señalados en este punto, no podrá tenerse en cuenta otro personal que el expresamente adscrito a la prestación del servicio en el contrato de gestión del servicio público de que se trate, para cuya determinación se debieron tomar como base el que inicialmente se incluía en el correspondiente pliego de condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.2.

El nuevo contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior».

QUINTO.- De la lectura de los preceptos reproducidos se desprenden las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el Reglamento CE/1370/2007 no obliga a las autoridades competentes a exigir la subrogación del nuevo concesionario en los contratos de trabajo del personal que prestaba servicios con el anterior operador más allá de lo que resulte de la legislación vigente, incluidos los convenios colectivos. Pueden hacerlo pero no necesariamente deben hacerlo.

En segundo término, el artículo 75.4 de la Ley 16/1987, en su redacción original, no impone a la Administración exigir la subrogación del nuevo operador en los mencionados contratos de trabajo y reenvía al respecto a la legislación laboral. Este precepto no es incompatible con el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007. Desde el momento en que este último faculta a las autoridades competentes para exigir o no la subrogación, está claro que cabe no requerirla y estar a lo que resulte de la legislación correspondiente. Dicho de otro modo, el reglamento europeo no desplaza a la Ley española que sigue siendo aplicable.

En tercer lugar, la nueva redacción del artículo 75.4, sí impone la exigencia de la que estamos hablando, pero lo hace a partir de su entrada en vigor. Tiene razón la recurrente cuando dice que esta modificación normativa significa que, con anterioridad, no estaba establecida pues, ciertamente, no resultaba de la Ley 16/1987 con anterioridad ni de la interpretación del artículo 4.5 en cuestión.



Por tanto, la cláusula 2.1.5. es contraria al artículo 75.4 de la Ley 16/1987 , y resulta acertado el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Y la referencia que hace la sentencia al artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011 , no lleva a una solución distinta pues solamente se refiere a la información que han de ofrecer sobre la subrogación los contratos que la impongan a los adjudicatarios.

SEXTO.- La resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales es conforme a la interpretación que la Sala ha realizado en la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) y en las anteriores a las que se remite.

En efecto, en esa sentencia se sigue el mismo criterio sentado con anterioridad a propósito de cláusulas de los pliegos de condiciones de licitaciones semejantes a las de este caso en las que se preveía la atribución de determinados puntos a las ofertas que incluyeran el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente. La Sala confirmó la anulación de las mismas dispuesta en la instancia, corroborando que esa subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, por eso, no debía ser fuente de asignación de puntos.

La diferencia en el caso de la sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013) es que en esa ocasión la cláusula cuestionada no preveía la atribución de puntos por la subrogación sino que exigía al nuevo adjudicatario que se subrogase en las relaciones laborales del anterior. Ahora bien, aquí la Sala siguió entendiendo que era a la legislación laboral a la que se debía atender para imponer o no esa obligación.

SÉPTIMO.- Cuanto hemos expuesto exige estimar el motivo de casación y anular la sentencia. Y de conformidad con el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción , resolver la controversia en los términos en que aparece planteado el debate.

QUINTO.- Tras lo dicho, al prosperar el recurso de casación se estima de la pretensión de nulidad con la subsiguiente desestimación del recurso contencioso- administrativo ejercitado por Nex Continental Holding, SL.

SEXTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la LJCA , al igual que en la precedente de 8 de junio de 2016, no hacemos imposición de costas en la instancia, pues no la hizo la Sala de la Audiencia Nacional, sin que tampoco proceda respecto del recurso de casación, debiendo correr cada parte con las suyas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1º) Que ha lugar al recurso de casación nº 1602/2015 interpuesto por Globalia Autocares, S.A. contra la sentencia dictada el 25 de marzo de 2015 por la **Sección Cuarta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que anulamos. 2º) Que desestimamos el recurso nº 180/2013 , interpuesto por Nex Continental Holding SLU contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de abril de 2013, parcialmente estimatoria del recurso de Globalia Autocares, S.A. contra la resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 2012 . 3º) En cuanto a las costas, estése al último fundamento.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.