

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia de 8 de junio de 2016

Nº de recurso: 1602/2015

En Madrid, a 8 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1602/2015, interpuesto por la mercantil GLOBALIA AUTOCARES, S.A. representada por el procurador don Noel Alain de Dorremochea Guiot, 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, recaída en el recurso nº 122/2013, contra la resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 2012, por la que se convocó licitación, por procedimiento abierto, para 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; así como contra la resolución de la propia Dirección General de 18 de diciembre de 2012 por la que se convocó licitación, por procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Madrid, Granada y Nerja y se aprobó el pliego por el que se había de regir la licitación, anulando dos cláusulas de los pliegos de condiciones, así como la licitación efectuada en todos sus trámites. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN, representada por la Abogada del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 122/2013, seguido en la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 25 de marzo de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Resolución 134/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 5 de abril de 2013, que anulamos, por su disconformidad a Derecho, exclusivamente en cuanto anula la cláusula 2.1.5 de los Pliegos a los que se refiere y anula la licitación efectuada en todos sus trámites, por ser la misma contraria a Derecho en cuanto a estos extremos se refiere, confirmándola en lo demás, por su conformidad a derecho en cuanto a los motivos impugnatorios considerados».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación GLOBALIA AUTOCARES, S.A., que la Sala de la Audiencia Nacional tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo .

TERCERO.- Personado el procurador don Noel Alain de Dorremochea Guiot, en representación de GLOBALIA AUTOCARES, S.A., formalizó el recurso anunciado, que articuló en un único motivo fundamentado en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , denunciando la incorrecta aplicación del artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007 y de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y, en su caso, del Reglamento dictado en su desarrollo, vigentes en el momento de la publicación de las convocatorias de la licitación.

Y suplicó a la Sala que «dicte sentencia por la estime íntegramente el presente RECURSO DE CASACIÓN, con expresa condena en costas a la parte recurrida».

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima , conforme a las reglas de reparto de asuntos, y, recibidas, por diligencia de ordenación de 29 de julio de 2015 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, la Abogada del Estado, en la representación que legalmente ostenta, se opuso al recurso por escrito registrado el 18 de septiembre de 2015 en el que pidió a la Sala que «con la tramitación pertinente, proceda a resolverlo mediante sentencia que LO DESESTIME. Con costas».

SEXTO.- Mediante providencia de 20 de enero de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 1 de junio del corriente, en que han tenido lugar.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La controversia planteada en el presente recurso de casación versa sobre la legalidad de la cláusula del pliego de condiciones que imponía al adjudicatario del contrato de transporte terrestre objeto de licitación, de no ser el que venía prestando el servicio, la subrogación en los contratos de trabajo de la plantilla existente. Tal cláusula, la nº 2.1.5., figuraba en los pliegos conforme a los cuales debía resolverse la licitación convocada por resoluciones de la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento de 5 y 18 de diciembre de 2012 para la adjudicación de los contratos de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Zaragoza y Murcia y entre Madrid, Granada y Nerja.

GLOBALIA AUTOCARES, S.A. impugnó ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales esos pliegos y obtuvo la estimación parcial de sus pretensiones pues la resolución de este órgano de 5 de abril de 2013 anuló las cláusulas 4.10.1., que atribuía preferencia al anterior contratista, y 2.1.5. que, como se ha dicho, exigía al adjudicatario de no ser el que venía prestando el servicio a subrogarse en los contratos de trabajo de la plantilla, y las correspondientes licitaciones.

La Abogacía del Estado interpuso el recurso contencioso-administrativo nº 122/2013 contra esa resolución defendiendo la legalidad de ambas cláusulas anuladas y la sentencia cuya casación pretende ahora GLOBALIA AUTOCARES, S.A. mantuvo, en aplicación de nuestra jurisprudencia, la anulación de la cláusula 4.10.1. pero levantó la relativa a la cláusula 2.1.5. Es decir, consideró conforme al ordenamiento jurídico la imposición al nuevo adjudicatario de la subrogación en los contratos laborales del personal que venía prestando el servicio.

La sentencia de instancia explica su fallo en este punto diciendo que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no ha tenido en cuenta el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007, de 23 de octubre, que regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, en referencia al contenido obligatorio de los contratos de servicio público y reglas generales, precepto que -dice la Sala de la Audiencia Nacional- "es claro (...) en el sentido de permitir que las autoridades nacionales puedan solicitar/ exigir al adjudicatario del servicio público que mantenga a los trabajadores previamente contratados lo que, en definitiva, es lo que hace la cláusula anulada". Además, añade que desde la modificación del artículo 75 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por la Ley 9/2013, de 4 de julio, la cuestión no ofrece ya ninguna duda puesto que este precepto exige ahora que los pliegos impongan

la subrogación. Prescripción que va en el mismo sentido que el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el cual se refiere también a la posibilidad de imponer al adjudicatario la obligación de subrogarse.

Por último, evoca la reiterada jurisprudencia de lo social que admite y aplica la subrogación laboral impuesta por los pliegos de contratación.

SEGUNDO.- GLOBALIA AUTOCARES, S.A. ha interpuesto un único motivo de casación contra esta sentencia. Se sustenta en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y afirma que dicha resolución aplica incorrectamente el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007 y la Ley 16/1987 así como su Reglamento de acuerdo con lo que disponían en el momento de anunciarse la licitación. Invoca, también, nuestra sentencia de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013).

En el extenso y reiterativo desarrollo de su argumentación, la recurrente nos dice que la modificación del artículo 75 de la Ley 16/1987 que ha introducido la Ley 9/2013, que no estaba en vigor cuando se dictaron las resoluciones impugnadas ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pone de manifiesto que el criterio seguido por la Audiencia Nacional es equivocado. Así, solamente a partir de la vigencia de la nueva redacción de dicho artículo 75 es preceptivo que los pliegos contengan una cláusula imponiendo la subrogación del nuevo adjudicatario en los contratos de trabajo del personal que venía prestando sus servicios con el anterior concesionario. Y sucede que el texto vigente el 5 y el 18 de diciembre de 2012 no contenía tal obligación sino que se remitía al efecto a lo que resultara de la legislación laboral.

GLOBALIA AUTOCARES, S.A. considera que la sentencia ha utilizado un precepto legal que no estaba en vigor -el nuevo artículo 75.4 de la Ley 16/1987 - para interpretar incorrectamente el artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007. Además, nos dice que contradice la doctrina mantenida por la Abogacía del Estado en la materia y recuerda que, desplazada la cuestión al ámbito de la legislación laboral, no concurre ninguna de las causas de subrogación contempladas por el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, recuerda que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales comprobó que no existía un convenio colectivo de ámbito nacional y que el correspondiente al sector de transporte de viajeros por carretera desde Zaragoza no incluía ninguna previsión de subrogación obligatoria del nuevo contratista.

TERCERO .- La Abogada del Estado se ha opuesto a este motivo de casación

Nos dice que la sentencia de la Audiencia Nacional ha hecho una interpretación literal del artículo 4.5 del Reglamento CE /1370/2007, que es la correcta a la vista de su considerando 16. Explica el escrito de oposición que lo pretendido por la cláusula 2.1.5. es que, sin perjuicio de cuanto resulte de las normas sectoriales y de los convenios colectivos, la Administración pueda imponer la subrogación de que venimos hablando a los efectos de la Directiva 2001/23/CE. Señala que la norma comunitaria se inserta en el marco de la celebración de un contrato administrativo del que resulta un cambio de operador y se pregunta para qué serviría la norma del artículo 4.5 si solamente la normativa y los convenios nacionales facultaran la subrogación obligatoria. De aceptar la tesis de la recurrente, dice, este precepto sería superfluo e insólito.

Rechaza, por otra parte, la Abogada del Estado que la modificación del artículo 75 de la Ley 16/1987 suponga, como defiende el motivo de casación, que no cabía con el anterior exigir en los pliegos la subrogación. Al contrario, entiende que ese cambio no es más que una aclaración a los efectos de la correcta interpretación del Reglamento CE/1370/2007.

Y, por lo que se refiere a la jurisprudencia invocada por la recurrente, señala que solamente una sentencia, la de 16 de marzo de 2015 (casación 1009/2013), brinda apoyo al motivo de casación. Pero, advierte, según el artículo 1.6 del Código Civil , son necesarias dos o más sentencias del Tribunal Supremo coincidentes en asuntos entre los que medie una sustancial identidad para que pueda hablarse de jurisprudencia.

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.

Las mismas consideraciones precedentes imponen la desestimación del recurso contencioso-administrativo del Abogado del Estado contra la resolución de 5 de abril de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

OCTAVO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción , no hacemos imposición de costas en la instancia, pues no la hizo la Sala de la Audiencia Nacional, debiendo correr cada parte con la suyas del recurso de casación.

III. 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 122/2013 , interpuesto por el Abogado del Estado 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 que convocó la licitación, por el procedimiento abierto, para 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 misma Dirección General de 18 de diciembre de 2012 por la que se convocó licitación en las mismas condiciones que la anterior para la adjudicación de otro contrato, para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular permanente y de uso regular de viajeros entre Granada y Nerja y se aprueba el pliego que ha de regir la licitación, anulando dos cláusulas de los respectivos pliegos de condiciones y las licitaciones efectuadas y todos sus trámites. (3º) Que no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.