



Roj: **STSJ AS 474/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:474**

Id Cendoj: **33044330012016100124**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2016**

Nº de Recurso: **711/2014**

Nº de Resolución: **125/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **LUIS QUEROL CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00125/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 711/14

RECURRENTE: D. Mario

PROCURADOR: D. GUSTAVO MARTINEZ MENDEZ

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

CODEMANDADO: CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS (C.T.A)

PROCURADOR: Dª PILAR LANA ALVAREZ

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dª Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintiséis de febrero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 711/14 interpuesto por D. Mario , representado por el Procurador D. Gustavo Martínez Méndez, actuando bajo la dirección Letrada de Dª Ana Alonso Bravo, contra el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, representado por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, siendo parte codemandada el Consorcio de Transportes de Asturias (C.T.A.), representado por la Procuradora Dª Pilar Lana Alvarez, actuando bajo la dirección Letrada de D. Luis Pérez- Herrerín García. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Querol Carceller.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia en la que estimando el recurso interpuesto, revoque la resolución recurrida por no estar ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 9 de septiembre de 2015, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día 25 de febrero pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Constituye el objeto de este proceso la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de octubre de 2014, desestimatoria del recurso interpuesto contra el Pliego de Condiciones para la licitación, por el procedimiento abierto, del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera en la zona denominada 0094, Concejos de Avilés y Gozón, del Consorcio de Transportes de Asturias, en concreto en el punto 2.2.6 en el que se establece la dotación mínima de personal que debe de adscribir el contratista a la prestación del servicio, en la que no se incluye al recurrente.

Interesa el recurrente que se revoque y deje sin efecto la resolución impugnada y se reconozca su derecho a ser incluido entre el personal a subrogar a la prestación del servicio, con la categoría de oficial conductor-mecánico, se declare la nulidad y/o anulabilidad de la lista publicada en el pliego de licitación y se acuerde emitir nueva lista en la que figure la inclusión del recurrente con la antigüedad que por derecho le corresponda, argumentando, en esencia, que se ha actuado de forma arbitraria y sin respetar el principio de igualdad, toda vez que el recurrente ostenta la misma condición de oficial conductor que los restantes incluidos en la citada lista y además con una mayor antigüedad en la empresa.

A dicha pretensión se opone el Consorcio de Transportes de Asturias.

SEGUNDO. - Toda la controversia se centra en determinar si el recurrente ostenta la condición de conductor a fin de ser incluido dentro de la lista de 12 conductores fijada como dotación mínima de personal, que el artículo 75.4 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, establece para la nueva adjudicataria del servicio preexistente como obligación de subrogarse en la relación laboral con el personal empleado por la anterior adjudicataria del servicio, que exige el artículo 73.2 letras g) y h).

Para resolver la cuestión litigiosa en la que se alega arbitrariedad en la actuación de la Administración y trato discriminatorio con infracción del derecho a la igualdad ante la Ley, debe de estarse al resultado de la prueba practicada a fin de determinar si existe dicha desigualdad entre los supuestos de comparación que ponga de manifiesto la actuación arbitraria de la Administración carente de justificación.

Resulta del expediente administrativo que el recurrente consta adscrito en el Registro General de la Seguridad Social, desde el 17 de abril de 1978, en el grupo de cotización GC 08, correspondiente a oficiales de primera y segunda, al igual que el resto de empleados de la entidad a quienes se les reconoce la condición de conductores, y al que se le reconoce por la Seguridad Social, en un parte de incapacidad temporal, de fecha 20 de noviembre de 2012, la profesión de mecánico conductor, al igual que se viene a certificar a dos empleados de la entidad en la que prestaba servicios, incorporados en la lista de empleados subrogados, acreditando el recurrente que de forma muy esporádica realizaba funciones de conductor, especialmente en el servicio de transporte escolar y al que el Juzgado de lo Social Nº 2 de Avilés, en la sentencia dictada el día 24 de mayo



de 2013 , en los autos seguidos ante el mismo con el Nº 200/2013, en una demanda de despido declarada improcedente, se le reconoció la condición de Jefe de taller que alegaba.

Con la demanda y con la finalidad de acreditar su condición de conductor, se aportó la siguiente documentación:

- Un certificado de prestación de incapacidad temporal de fecha 20 de noviembre de 2012, que le asigna como profesión la de mecánico conductor.
- Certificado de alta en la empresa Roces, S.A., desde el 19 de febrero de 1985, hasta el 3 de septiembre de 2013, en el Grupo de cotización 08, oficiales de primera y segunda.
- Distintos partes de servicio, realizados como conductor, de los que deducimos, salvo error u omisión, que se realizaron en el año 2005 (2); en el 2006 (2); en el 2007 (13); en el 2008 (18); en el 2009 (2); en el 2010 (95) y en el 2011 (29), en su mayor parte de transporte escolar.
- Nóminas de la empresa correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011 en los que aparece como oficial.
- Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Avilés, de fecha 19 de marzo de 2013 , que le reconoce el derecho a percibir la cantidad de 2.235,77 € en concepto de prestación por incapacidad, correspondiente al mes de octubre de 2011 por enfermedad común.
- Sentencia del mismo Juzgado de fecha 24 de mayo de 2013 , declarando improcedente el despido del recurrente y la extinción del contrato en el que se atribuye la condición de Jefe de taller, comunicándole el despido en su condición de mecánico, condición de Jefe de taller que se le reconoce también por la sentencia del mismo Juzgado de fecha 18 de septiembre de 2012 , en tanto que a los otros dos demandantes en el mismo proceso se les califica como conductores, y,
- Fotocopia del permiso de conducción.

De contrario se aportaron a las actuaciones nóminas de otros empleados en las que constan como categoría de los trabajadores, frente a la de oficial que figura en las del recurrente, las de conductor-perceptor, conductor, conductor-mecánico, así como fotocopias de los Boletines Oficiales del Principado de Asturias, de fechas 15 de noviembre de 2010 y 12 de marzo de 2012, en los que figuran los Anexos de los Convenios Colectivos del sector del Transporte por Carretera, por los que se ordenan las tablas salariales para 2009, 2010 y 2011 en las que se cataloga en distintos niveles a los Jefes de taller, nivel III y a los conductores, nivel VI y la relación del personal de oficina y de taller, en la que figura el recurrente.

En periodo de práctica de prueba en este proceso, además de tenerse por reproducido el expediente administrativo y tener por incorporada la aportada en los escritos de demanda y contestación, se solicitó por el recurrente prueba testifical y por la entidad demandada copia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Avilés, en los autos 389/2012 , con el Nº 288/2012, de 18 de septiembre , así como de la demanda presentada en dichos procesos, figurando en la misma que el demandante presta servicios a las empresas demandadas con la categoría profesional de "Jefe de Taller".

De la prueba testifical practicada con cuatro testigos que manifiestan que el recurrente realizaba funciones tanto en el taller como de conducción, no cabe deducir que a la fecha en que tuvo lugar la convocatoria de la licitación para la adjudicación del contrato de gestión del servicio público de transportes regular de viajeros por carretera, en la zona denominada "0094", el recurrente tuviese la condición de mecánico conductor como otros trabajadores, sino la de Jefe de taller, como viene a reconocer el propio recurrente en la demanda de despido declarado improcedente, presentada el 14 de marzo de 2013, y así reconocido en la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Avilés de 24 de mayo de 2013 .

A lo anterior podemos añadir, además del carácter esporádico de los servicios acreditados que realizó el recurrente, desde el año 2011, no consta que realizara servicio alguno como conductor, con lo que se viene a reafirmar su condición de mecánico y Jefe de taller, así como las contradicciones que se ponen de manifiesto en las declaraciones testificales, negando unos las retribuciones que percibía cuando figuran en las nóminas y en las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social y afirmando otros que realizaron reclamaciones por horas de conducción, toda vez que siendo conductor no tendría derecho a tales reclamaciones, sino en todo caso a horas extraordinarias si procediesen.

TERCERO.- Lo razonado nos conduce a la desestimación del recurso interpuesto, con imposición de las costas causadas al recurrente, por no apreciar que concurren motivos o circunstancias que pudieran justificar otro pronunciamiento, como dispone el artículo 139 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción , con el límite de 600 € por todos los conceptos.



Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso interpuesto por el Procurador D. Gustavo Martínez Méndez, en nombre y representación de D. Mario contra resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de octubre de 2014, actuando como parte demandada el Consorcio de Transportes de Asturias, representado por la Procuradora D^a Pilar Lana Alvarez, acuerdo que mantenemos por estimarlo ajustado a derecho, con imposición de las costas procesales causadas al recurrente, con el límite de 600 € por todos los conceptos.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de DIEZ DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ