



Roj: **STSJ AS 1231/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:1231**

Id Cendoj: **33044330012016100297**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2016**

Nº de Recurso: **509/2014**

Nº de Resolución: **317/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA OLGA GONZALEZ-LAMUÑO ROMAY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

OVIEDO

SENTENCIA: 00317/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O. 509/14

RECURRENTE: D. Gaspar

PROCURADORA: DÑA. MARIA GARCIA BERNARDO ALBORNOZ

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.

CODEMANDADOS: CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS; D. Isidro ; D. Lázaro y 6 MAS.

PROCURADORES: DÑA. PILAR LANA ALVAREZ; D. CELSO RODRIGUEZ DE VERA; D. RAFAEL COBIAN GIL DELGADO.

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veinticinco de abril 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 509/14, interpuesto por D. Gaspar , representado por la Procuradora Dña. María García Bernardo Albornoz, actuando con asistencia Letrada de D. Oscar González Rodríguez, contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES, como partes codemandas, el CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS, representado por la Procuradora Dña. Pilar Lana Alvarez, actuando bajo la dirección letrada de D. Luis Pérez-Herrerin García, D. Isidro , representado por el Procurador D. Celso Rodríguez de Vera, actuando bajo la dirección letrada de D. José María Gutiérrez Alvarez, D. Lázaro , D. Sabino , D. Victorio , D. Carlos Ramón , D. Juan María , D. Abel y Dña. Esperanza , representados por el Procurador D. Rafael Cobian Gil Delgado, actuando con asistencia Letrada de Dña. Nuria



Fernández Martínez y D. Carlos Estevez Rodríguez. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Olga González Lamuño Romay.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso recibido el expediente se confirió traslado al recurrente para la formalización de la demanda, lo que se efectuó en legal forma, donde se hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Exponiendo en Derecho lo que se estimó pertinente y suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida. A medio de otrosí, se solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para su contestación a la demanda, no contestó a la misma, dando por caducado este tramite.

TERCERO.- Conferido traslado a las partes codemandadas para su contestación a la demanda se realizó en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida.

CUARTO.- Por Auto de 8 de octubre 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 formularsen sus conclusiones.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el pasado día 21 de abril en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los tramites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna por el recurrente D. Gaspar en el presente recurso contencioso administrativo la Resolución de fecha 19 de mayo de 2014 dictado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, corregida por el Acuerdo 01/2014, de 30 de mayo que acordó inadmitir por extemporáneos los recursos interpuestos por Gustavo , D. Lucas y D. Nicolas y estimar parcialmente los recursos interpuestos por D. Gaspar , D. Jose María , D. Luis Antonio y D. Alberto contra el Pliego de Condiciones que rige la licitación por procedimiento abierto, del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 del Consorcio de Transportes de Asturias (Gobierno del Principado de Asturias) en el sentido únicamente de que el órgano de contratación debe retrotraer las actuaciones al objeto de comprobar la situación de los trabajadores con DNI NUM000 y NUM001 en los términos establecidos en el apartado décimo de esta Resolución.

Con la demanda presentada se solicita se dicte sentencia por la que se procede a declarar la nulidad parcial de la resolución impugnada en el sentido:

1º.- Dejar sin efecto la circunstancia del acuerdo de fecha 29 de noviembre de 2013, "y figurar de alta con contrato laboral indefinido a fecha 8 de marzo de 2013 en la empresa concesionaria (EMPRESA ROCES, S.A CIF A 330056805) de conformidad con la información obrante en la documentación oficial expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social que consta en el expediente en la fecha de aprobación por el Director General de CTA del pliego de condiciones que ha de regir la contratación del servicio".

2º.- Establecer en su lugar como circunstancia a figurar en dicho acuerdo la siguiente: "y figurar de alta con contrato laboral indefinido a fecha 8 de marzo de 2013, en cualquiera de las dos empresas que utilizaba como concesionarias el empresario y administrador único de ambas Constantino . NUM002 (Empresa Roces S.A A-33056805 y Autocares Lino, S.L., B33433871), de conformidad con la antigüedad que cada trabajador acredite de forma indubitada por cualquier medio de prueba válido en Derecho.

3º.- Incluir en la condición 226, dotación mínima de personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y subrogación a D. Gaspar con código de contrato 402, categoría de conductor-perceptor, jornada del 100% y antigüedad de 27 de agosto de 2001, en el lugar quinto de la relación que allí figura, o en su caso, el que le corresponda en función de la prueba practicada.

Pretensiones estas a las que se opone tanto el CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS como las partes codemandadas.

SEGUNDO. - Para la adecuada resolución de la cuestión controvertida es necesario partir de los siguientes hechos: Previa resolución del contrato de gestión de servicio público de transportes regular de viajeros para



carretera de uso general Z-0094 suscrito en la entidad mercantil EMPRESA ROCES, S.A. por incumplimiento culpable de la empresa concesionaria la cual fue declarada conforme a derecho por esta Sala en sentencia de 29 de junio de 2015, con fecha 29 de noviembre de 2013, el Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias (CTA) adopte el siguiente acuerdo:

" A los efectos de redacción de la cláusula de asunción del personal de la anterior empresa contratista en la licitación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094, se determina que el personal necesario para la explotación del servicio son 12 conductores, debiendo éstos ser seleccionados por orden de mayor a menor antigüedad, de entre aquellas personas en las que concurren conjuntamente las siguientes circunstancias; acreditar la existencia de una relación laboral como conductor, conductor-perceptor o conductor mecánico, y figurar de alta con contrato laboral indefinido a fecha 8 de marzo de 2013, en la empresa concesionaria (Empresa Rocés, S.A. -CIF: A33056805) de conformidad con la información obrante en la documentación oficial expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social que conste en el expediente en la fecha de aprobación por el Director General del CTA del pliego de condiciones que ha de regir la contratación del servicio".

La determinación del personal necesaria para la explotación del servicio fue efectuada en base al informe de la dirección del Área Técnica de fecha 25 de noviembre de 2013.

Con fecha 5 de marzo de 2014, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias autoriza el gasto para la licitación por procedimiento abierto del contrato de gestión del servicio público regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 siendo el presupuesto estimado del contrato de 9.564.924,30 euros, aprobándose por resolución del Director General del CTA de 17 de marzo de 2014 el expediente para contratación de la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 disponiéndose la apertura del procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto, publicándose en el BOPA de 26 de marzo.

En la cláusula 2.2.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas se estableció:

"2.2.6 Dotación mínima de personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y subrogación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 75.4 de la LOTT, como quiera que este procedimiento tiene por objeto la adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexiste, se impone al nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse en la relación laboral en el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, en los términos señalados en los apartados g) y h) del art. 73.2.

En aplicación de este último artículo se establece que la dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio es de 12 conductores, siendo los siguientes empleados del anterior contratista -con expresión de las características de su contrato, sujeto al Convenio Colectivo de Transportes del Principado de Asturias y antigüedad- en cuya relación laboral deberá subrogarse obligatoriamente el adjudicatario para cubrir la citada dotación mínima ...".

Con fecha 9 de abril de 2014, el aquí recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Condiciones para la licitación, por procedimiento abierto, del contrato de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z- 0094 por haber solicitado al CTA que se le tuviera en cuenta para la subrogación de la nueva adjudicataria, entendiéndose que deberá ocupar el puesto nº NUM003 de la lista y ello aunque en marzo de 2014 estuviese dado de alta en la empresa Autocares Lino, S.L. porque en realidad estaba trabajando para la Empresa Rocés, S.A., dictándose la Resolución de 19 de mayo de 2014, corregido tras Acuerdo 01/2014, de 30 de mayo del Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales, anteriormente citado objeto del presente recurso jurisdiccional.

TERCERO. - Sentado lo anterior señalar que la resolución aquí impugnada estima parcialmente el recurso interpuesto entre otros por el aquí recurrente, contra el Pliego de Condiciones que rige la licitación por procedimiento abierto del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 del Consorcio de Transportes de Asturias (Gobierno del Principado de Asturias) en el sentido únicamente de que el órgano de contratación debe retrotraer las actuaciones al objeto de comprobar la situación de los trabajadores con DNI NUM000 y NUM001 en los términos establecidos en el apartado décimo de esta Resolución, la cual establecía que en consecuencia vista la discordancia que existe en cuanto a la información emanada de un mismo órgano administrativo, la Tesorería General de la Seguridad Social y referido a una misma solicitud de alta de los trabajadores en una determinada empresa y en una fecha concreta, este Tribunal no puede pronunciarse sobre la situación de los dos trabajadores examinados, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento de comprobación por órgano de contratación de la antigüedad de los trabajadores afectados por esta situación, y en virtud de ello bien ratifique la relación de



trabajadores a subrogar o, en su caso, proceda a su modificación. Respecto a D. Gaspar , en particular, se específico que " este no consta dado de alta en la empresa Roces, S.A., el 8 de marzo de 2014. A tal conclusión se llega atendiendo el informe emitido por la Seguridad Social el 30 de octubre de 2013 que se emite tras la sentencia aportada por el recurrente".

Es por ello de que de conformidad con lo establecido en los arts. 73 y 75 de la Ley Orgánica 16/87, de 30 de julio de ordenación del transporte terrestre, según la redacción modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, el pliego de condiciones que haya de seguir la adjudicación de un contrato incluirá en todo caso:

73.2 g) La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio.

73.2 h) Cuando se trate de un servicio que ya venía prestándose, los empleados del anterior contratista en cuya relación laboral deberá subrogarse el adjudicatario para cubrir la dotación mínima señalada en el apartado anterior.

Y en cuanto a la adjudicación de un nuevo contrato que:

75.4 Sin perjuicio de la legislación laboral que resulta de aplicación al efecto, cuando un procedimiento tenga por objeto la adjudicación de 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 art. 73.2 "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 art. 73.2 . Es por ello que siendo la obligación de incluir en el pliego de condiciones de un contrato de gestión del servicio público la dotación mínima del personal que el contratista debe adscribir a la prestación del servicio una novedad introducida por la Ley 9/2013 de 4 de julio en la Ley Orgánica de Ordenación del Transporte Terrestre , los contratos suscritos con anterioridad como es el caso del Z-0094 ante el Consorcio de Transportes de Asturias y la Empresa Roces S.A., no lo tenían previsto, siendo así que con carácter previo a la licitación se efectuó una valoración, dando lugar al informe de la Directora Técnica de 25 de Noviembre de 2013 ya citado, optando el Consorcio de Transportes de Asturias por seleccionar al personal a subrogar por un procedimiento objetivo, cual fue el de tener en cuenta al personal que viniera desempeñando su actividad en Empresa Roces, S.A. como conductor, conductor - perceptor o conductor mecánico que figuraran de alta con contrato laboral indefinido el día 8 de marzo de 2013, fecha esta de inicio del expediente de extinción del contrato de concesión Z-0094 a Empresa Roces, S.A. , teniendo en cuenta para ello las certificaciones de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social, y seleccionando a los 12 trabajadores que acreditaran una mayor antigüedad en la empresa contratista.

Es por ello que D. Gaspar consta en el expediente administrativo como trabajador de la empresa Autocares Lino S.L., desde el 23 de junio de 2006, con la categoría profesional de conductor y con fecha 17 de mayo de 2013 se le notificó la extinción de su relación laboral, según consta en la sentencia de 9 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Aviles .

Es por ello que el 8 de mayo de 2013 estaba dado de alta ante la Tesorería General de la Seguridad Social como trabajador de la empresa Transportes Lino S.L., señalándose por la actora que tiene una antigüedad de fecha 27 de agosto de 2001 en Empresa Roces, S.A., y de seguirse el criterio de antigüedad para ser subrogado en la nueva empresa adjudicataria reúne los requisitos para estar incluido entre las 12 personas que subrogaría la adjudicataria al ocupar el puesto nº cinco de dicha lista, y el hecho de estar dado de alta en la empresa Transportes Lino S.L. no quiere decir que no estuviera trabajando para Roces y realizando las líneas de transporte que tenía contratada dicha empresa.

A ello tenemos que manifestar que del informe de vida laboral se pone de manifiesto que estuvo de alta en la "Empresa Roces, S.A." desde el 27 de agosto de 2001 al 22 de junio de 2006 pasando desde esta última fecha a ser dado de alta en la entidad Autocares Lino, S.L. desde el 23 de junio de 2006, por lo que el haber prestado servicios indistintos para ambas entidades mercantiles no quiere decir que estuviera trabajando para autocares Roces, S.A. a partir de esta última fecha toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el art. 48.4 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, nada impide que Transportes Roces acuda al auxilio de otros transportistas sin que por ello suponga que adquieran estos últimos la condición de trabajadores de la empresa auxiliada, por lo que los únicos trabajadores que pueden ser tomados en consideración por la Administración contratista del servicio son los integrantes de su propia organización empresarial en este caso, la de Empresa Roces, S.A. Es por ello que siendo el criterio adoptado para la subrogación del personal de la concesión el de tener en cuenta a aquellos trabajadores que estuvieran en situaciones administrativas de alta ante la Tesorería General de la



Seguridad Social como personal de conducción con contrato indefinido de Empresa Roces, S.A. y estando en la fecha señalado 8 de marzo de 2013 en la empresa Autocares Lino, S.L. es por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO .- En materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la parte recurrente al ser desestimadas sus pretensiones y no concurrir motivos y circunstancias para su no imposición de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción, con el límite de 1000 euros por todos los conceptos. Y todas las partes personadas que hubieren contestado a la demanda.

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 contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María García Bernardo Albornoz en nombre y representación de D. Gaspar contra la resolución de fecha 19 de mayo de 2014, corregida por Acuerdo 1/2014 de 30 de mayo dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, estando representada la Administración demandada CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS (CTA) por la Procuradora Dña. Pilar Lana Alvarez, actuando como codemandados D. Isidro , representado por el Procurador D. Celso Rodríguez de Vera y D. Lázaro , D. Sabino , D. Victorio , D. Carlos Ramón , D. Juan María , D. Abel y Dña. Esperanza , representados por el Procurador D. Rafael Cobian Gil Delgado. Resolución que se confirma por ser ajustada a Derecho, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente con límite fijado en el último fundamento de Derecho.

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.