



Roj: **STSJ AS 1459/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:1459**

Id Cendoj: **33044330012016100406**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2016**

Nº de Recurso: **452/2014**

Nº de Resolución: **405/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANTONIO ROBLEDO PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

OVIEDO

SENTENCIA: 00405/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 452/14

RECURRENTE: D. Juan Pedro

PROCURADOR: D. RAFAEL COBIAN GIL DELGADO

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

CODEMANDADOS: D. Argimiro , CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS

PROCURADORES: D^a MARIA GARCIA-BERNARDO ALBORNOZ, D^a MARIA DEL PILAR LANA ALVAREZ

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

D^a Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintitrés de mayo 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 452/14 interpuesto por D. Juan Pedro , representado por el Procurador D. Rafael Cobián Gil Delgado, actuando bajo dirección Letrada, contra el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, representado por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, siendo partes codemandadas D. Argimiro , representado por la Procuradora D^a María García-Bernardo Albornoz, actuando bajo la dirección Letrada de D. Oscar González Rodríguez, y el Consorcio de Transportes de Asturias, representado por la Procuradora D^a María del Pilar Lana Alvarez, actuando bajo la dirección Letrada de D. Luis Pérez-Herrerín García. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Robledo Peña.

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 las partes codemandadas para que contestasen a la demanda lo hicieron 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 15 de diciembre 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, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día 19 de mayo pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 19 de mayo de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que acordó inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por el 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).

Con la demanda presentada se solicita se dicte sentencia por la que, admitiendo el recurso, se estime en cuanto al fondo, anulando las resoluciones administrativas impugnadas por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, y declarando en cuanto al fondo el derecho del recurrente a que con retroacción de actuaciones por el órgano de contratación se le incluya en la relación de personal a subrogar, modificando los pliegos y demás efectos que se anuden a esta declaración y deba la misma producir.

Pretensiones estas a las que se oponen las partes codemandadas que, habiéndose personado, contestaron a la demanda, si bien la representación del referido Consorcio, además de motivos de fondo, alegó la inadmisibilidad del recurso, dada la extemporaneidad del recurso administrativo previo, y la inutilidad de la pretensión.

SEGUNDO .- La resolución impugnada declara inadmisibile el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el aquí actor en la medida en que el anuncio de licitación fue publicado el día 26 de marzo de 2014, por lo que procede considerar que el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 44 del TRLCSP expiró el 12 de abril, y toda vez que aquel se interpuso el 23 de abril siguiente, procede su inadmisión. Sin embargo, no debe obviarse que el recurso no ha sido tanto contra el anuncio de licitación como contra los pliegos, al ser estos los que determinan el contenido de aquel, y, más concretamente, el extremo relativo a si el recurrente ha de ser trabajador o no a subrogar, cuestión que constituye el verdadero objeto de esta litis, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP, a cuyo tenor " a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley ", por lo que como quiera que en el presente caso la documentación ha sido puesta a disposición de modo electrónico, ha de entenderse que el recurso presentado el 23 de abril de 2014 lo fue antes de la finalización del plazo para presentar ofertas, que concluía el 5 de mayo de 2014 y, por tanto, dentro de plazo. Razón por la cual no debió declararse inadmisibile el recurso y el TACRC debió entrar a examinar las razones que sustentaban la impugnación en el particular caso del recurrente.

TERCERO .- Se alega por el Consorcio codemandado que como el procedimiento de adjudicación del contrato administrativo en el que se incardina la pretensión del demandante fue declarado desierto por resolución de



12 de junio de 2014, ningún efecto puede producir la decisión que se adopte sobre la resolución y acuerdo objeto del presente recurso contencioso-administrativo, pero se ha de advertir que no por ello pierde utilidad la pretensión actora, como se alega, pues sigue siendo interés del recurrente que se le incluya entre la dotación mínima de doce trabajadores que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y la retroacción que se pretende no es obstáculo para que se mantenga la validez del resto de actos o trámites que no tienen por qué verse alterados.

CUARTO .- Superados los óbices formales expuestos, 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 transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 suscrito con la entidad mercantil Empresa Rocés, 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) adoptó 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 necesario para la explotación del servicio fue efectuada en base al informe de la directora del Área Técnica del CTA 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 de 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 y disponiéndose la apertura del procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto, publicándose en el BOPA de 26 de marzo.

En el 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 preexistente, se impone 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 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 los empleados del anterior contratista -con expresión de las características de su contrato, sujeto al Convenio Colectivo de Transporte del Principado de Asturias y antigüedad- en cuya relación laboral deberá subrogarse obligatoriamente el adjudicatario para cubrir la citada dotación mínima (...)"

Con fecha 23 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 un lugar en la lista y ello aunque en marzo de 2013 estuviese dado de alta en la empresa Autocares Lino, S.L., porque en realidad estaba trabajando también para la Empresa Rocés, S.A., habida cuenta la prestación indistinta de servicios por ambas, dictándose la resolución de 19 de mayo de 2014, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, anteriormente citada, objeto del presente recurso jurisdiccional.

QUINTO .- Sentado lo anterior, se ha de señalar que de conformidad con lo establecido en los artículos 73 y 75 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, según la redacción modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, el pliego de condiciones que haya de regir 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 resulte 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 de Ordenación de los Transportes Terrestres, los contratos suscritos con anterioridad como es el caso del Z-0094 entre el Consorcio de Transportes de Asturias y la Empresa Rocés, 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 del Área Técnica del CTA 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 Rocés, 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 Rocés, 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.

SEXTO .- En la sentencia que se aporta del Juzgado de lo Social nº 2 de Avilés, de 9 de mayo de 2013, consta acreditado que el recurrente vino prestando servicios por cuenta de las empresas Rocés, S.A., y Autocares Lino, S.L., de forma indistinta desde el 8 de septiembre de 2005, ostentando la categoría profesional de conductor, hasta que con fecha 9 de enero de 2013 se le notificó por la empresa Autocares Lino, S.L., la extinción de su relación laboral con efectos al 10 de enero de 2013 por despido disciplinario que fue declarado improcedente por mor de la referida sentencia del orden jurisdiccional social, y no es sino hasta que por auto de 4 de julio de 2013, del referido Juzgado, se declara extinguida la relación laboral que le unía con ambas empresas. Siendo lo cierto que a 8 de marzo de 2013 estaba dado de alta ante la Tesorería General de la Seguridad Social como trabajador de la empresa Autocares Lino, S.L., en la que figuraba de alta desde el 8 de septiembre de 2005, figurando una nueva alta desde el día 11 de enero hasta el 4 de julio de 2013 correspondiente a los salarios de tramitación.

Por consecuencia, se ha manifestar que el haber prestado servicios indistintos para ambas entidades mercantiles no quiere decir que estuviera trabajando para la Empresa Rocés, S.A., pues del informe de vida laboral se desprende su vinculación para con Autocares Lino, S.L., y toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 la Empresa Rocés, S.A., 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 contratante del servicio son los integrantes de su propia organización empresarial, en este caso, la de Empresa Rocés, S.A., que era la contratista. 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 Rocés, S.A., y estando el actor en la fecha señalada de 8 de marzo de 2013 de alta en la empresa Autocares Lino, S.L., es por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto en cuanto a la pretensión de su integración en la relación de personal a subrogar.

SÉPTIMO .- En materia de costas procesales no procede hacer una particular imposición de las causadas en esta instancia, habida cuenta la estimación tan solo parcial de las pretensiones deducidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción.

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: Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Rafael Cobián Gil-Delgado, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Juan Pedro , contra la resolución de fecha 19 de mayo de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, estando representada la entidad demandada CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS (CTA) por la Procuradora doña Pilar Lana Álvarez, actuando como codemandado don Argimiro , a su vez representado por la también Procuradora doña María García-Bernardo Albornoz, resolución que se anula parcialmente en cuanto inadmite por extemporáneo el recurso interpuesto por el actor, y desestimando el resto de pretensiones deducidas en la demanda que rige este recurso jurisdiccional. Sin hacer expreso pronunciamiento en materia de costas causadas.

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, previa constitución del depósito necesario para recurrir.

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