



Roj: **STSJ AS 2339/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:2339**

Id Cendoj: **33044330012016100629**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **389/2014**

Nº de Resolución: **643/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 389/14

RECURRENTE: D. Pedro

PROCURADOR: D. MIGUEL ANGEL FERNANDEZ RODRIGUEZ

RECURRIDOS: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES; CONSEJERIA DE FOMENTO, ORDENACION DEL TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE

REPRESENTANTE: LETRADO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (C.F.)

CODEMANDADOS: D. Roque , D. Santiago y otros, CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS, D. Teodoro y otro

PROCURADORES: Dª MARIA GARCIA-BERNARDO ALBOR NO Z, D. RAFAEL COBIAN GIL-DELGADO, Dª PILAR LANA ALVAREZ, D. CELSO RODRIGUEZ DE VERA

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Julio Luis Gallego Otero

Dª Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintiuno de julio 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 389/14 interpuesto por D. Pedro , representado por el Procurador D. Miguel Angel Fernández Rodríguez, actuando bajo la dirección Letrada de D. Manuel Rodríguez Velázquez, contra el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, representada esta última por el Letrado del Principado, siendo partes codemandadas D. Roque , representado por la Procuradora Dª María García Bernardo Albornoz, actuando bajo la dirección Letrada de D. Oscar González Rodríguez; D. Santiago , D. Pablo Jesús , D. Agapito , D. Alfredo , D. Apolonio , D. Augusto y Dª Caridad , representados todos ellos por el Procurador D. Rafael Cobián Gil Delgado, actuando bajo la dirección Letrada de Dª Nuria Fernández Martínez y D. Casimiro ; el Consorcio de Transportes de Asturias, representado por la Procuradora Dª Pilar Lana Alvarez, actuando bajo la dirección Letrada de D. Luis Pérez Herrerin García; D. Teodoro y D. Eduardo representados por el Procurador



D. Celso Rodríguez de Vera, actuando bajo la dirección Letrada de D. José María Gutiérrez Álvarez. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D^a Olga González Lamuño Romay.

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 las partes demandadas para que contestasen la demanda, el Principado de Asturias 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 12 de enero de 2016, 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 20 de julio pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna por el recurrente D. Pedro en el presente recurso contencioso, la Resolución de 19 de mayo de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, corregida por el Acuerdo 01/2014, de 30 de mayo, que acordó estimar parcialmente el recurso interpuesto frente al Pliego de Condiciones rector del procedimiento de licitación convocado por el Consorcio de Transportes de Asturias, para la adjudicación por procedimiento abierto de la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094, convocado mediante Anuncio publicado el 26 de marzo de 2014, en el Boletín Oficial del Principado de Asturias. Con la demanda presentada se solicita se dicte Sentencia por la que, estimando el recurso, se declare la nulidad, anulabilidad o improcedencia de la resolución y acuerdos objeto del recurso por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo y condene a la Administración a estar y pasar por esta declaración, para que se declare la subsistencia y validez del fallo de la Resolución 386/2014, de 19 de mayo anterior a dicha rectificación y se proceda al restablecimiento de la situación jurídica individualizada del actor, estableciendo la obligación del órgano de contratación de rectificar la lista de trabajadores a subrogar debiendo incluirse en la misma a D. Pedro, DNI nº NUM000, en el puesto número 12 de la lista de personal a subrogar por la nueva entidad concesionaria, conforme a los términos establecidos en el apartado décimo de la citada resolución. Pretensiones estas a las que se oponen 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 por 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 ...".

Por el aquí recurrente se 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 utilización del criterio de antigüedad en la empresa y no el de adscripción al servicio objeto de concesión, número insuficiente de trabajadores para consideración de dotación mínima de personal para la prestación de la concesión así como posible incumplimiento de la normativa europea de aplicación, dictándose la Resolución de 19 de marzo de 2014, corregida tras Acuerdo 1/2014, de 30 de mayo del Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales, anteriormente citada, 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 del 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 rectificar la lista de trabajadores a subrogar en los términos establecidos en el apartado décimo de esta Resolución, señalando en la misma y en relación al recurrente, D. Pedro , que el mismo es el trabajador que ocupaba el puesto nº NUM001 , con DNI nº NUM000 , y por lo tanto, con la modificación de la lista pasaría a ser el nº NUM002 , y en consecuencias sí tendría derecho a ser incluido en la lista; señalándose por la resolución corregida por el Acuerdo 01/2014, que el órgano de contratación debe retrotraer las actuaciones al objeto de comprobar la situación de los trabajadores con DNI nº NUM003 y nº NUM004 , 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 situación, alta de los trabajadores en una determinada empresa y en una fecha concreta, no pudiendo por ello pronunciarse sobre la situación de los dos trabajadores examinados, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento de comprobación por el órgano de contratación de la antigüedad de los mismos, al objeto de que recabe la información suficiente respecto de los dos 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.

En virtud de la retroacción ordenada y requerida por el Consorcio de Transportes de Asturias, la Seguridad Social emitió sendos certificados de fecha 9 de junio de 2014, en los que se hace constar que los trabajadores con DNI nº NUM003 y nº NUM004 , constaban en alta en la Empresa Rocés el día 8 de marzo de 2013, por lo que no resultó procedente modificar la lista de trabajadores a subrogar incluidos en el pliego. Por último, el



órgano de contratación acordó declarar desierta la licitación por Resolución del Director General del Consorcio de Transportes de Asturias de 12 de junio de 2014, por haber sido presentada fuera de plazo la única oferta recibida.

Alegándose por el recurrente como fundamento de su pretensión impugnatoria la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, de conformidad con lo establecido en el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, toda vez que por la vía de la corrección de errores materiales, el Tribunal Central de Recursos Contractuales realiza una nueva valoración de la documentación obrante en el expediente modificando el fallo de la resolución dictada, dado que el art. 105.2 de la Ley 30/92 permite que las Administraciones públicas puedan rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales de hecho o aritméticos existentes en sus actos, pero lo que aquí se hace es modificar el fallo de la resolución rectificadora, nulidad que conlleva a su juicio, la pérdida de eficacia alguna de la rectificación efectuada, provocando que aun existiendo una resolución que le otorga la razón y estima sus pretensiones, se ha visto privado de su derecho a ocupar y mantener el que fue su puesto de trabajo prestando servicios como conductor adscrito a la concesión Z-0094.

CUARTO .- Planteados en tales términos la presente controversia jurisdiccional señalar que no podemos admitir la interpretación realizada por la actora de la corrección de errores efectuada, toda vez que el Tribunal se limitó a rectificar un error material consistente en interpretar que la Seguridad Social había informado que determinados trabajadores no estaban dados de alta en una fecha, cuando en el expediente administrativo había quedado acreditado lo contrario, como tenía ocasión de acreditar el órgano de contratación con motivo del trámite realizado en la retroacción del procedimiento, además debe de tenerse en cuenta que el procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto de la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094, fue declarado desierto por resolución de 12 de junio de 2014, toda vez que presentada una única oferta fue excluida por haber sido presentada fuera de plazo, convocándose un nuevo proceso de licitación que también fue impugnado por el aquí recurrente, en el PO nº 719/2014, dando lugar a la Sentencia de veintiséis de febrero de dos mil dieciséis de esta misma Sala, desestimatoria de las pretensiones actoras, es por todo ello que el presente recurso debe ser desestimado, confirmándose las resoluciones impugnadas.

QUINTO.- En materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la parte recurrente al ser desestimadas sus pretensiones y no concurrir motivos o 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 1.000 euros por todos los conceptos y para el conjunto de todas las partes personadas que hubieran 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 el Procurador de los Tribunales D. Miguel Angel Fernández Rodríguez, en nombre y representación de D. Pedro, contra la Resolución de 19 de mayo de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales corregida por el Acuerdo 001/2014, de 30 de mayo, estando representada la Administración demandada CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS, por la Procuradora de los Tribunales D^a Pilar Lana Alvarez, actuando como codemandados D. Roque, representado por la Procuradora D^a María García Bernardo Albornoz; D. Santiago, D. Pablo Jesús, D. Agapito, D. Alfredo, D. Apolonio, D. Augusto y D^a Caridad, representados todos ellos por el Procurador D. Rafael Cobián Gil Delgado; D. Teodoro y D. Eduardo representados por el Procurador D. Celso Rodríguez de Vera, resolución que se confirma por ser ajustada a Derecho, con expresa imposición de costas a la parte demandante, con el 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.