



Roj: **STSJ AS 480/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:480**

Id Cendoj: **33044330012016100130**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2016**

Nº de Recurso: **719/2014**

Nº de Resolución: **136/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

OVIEDO

SENTENCIA: 00136/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 719/2014

RECURRENTE: D. Amadeo

PROCURADOR: D. Miguel Ángel Fernández Rodríguez

RECURRIDO: CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

PROCURADORA: D^a Pilar Lana Álvarez

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. 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 719/2014, interpuesto por D. Amadeo , representado por el Procurador D. Miguel Ángel Fernández Rodríguez, actuando bajo la dirección Letrada de D. Manuel Rodríguez Velázquez, contra el CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS (C.T.A.), representado por la Procuradora D^a Pilar Lana Álvarez y dirigido por el Letrado D. Luis Pérez-Herrerin García y el TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. Siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada 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 acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

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.- Por Auto de 4 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.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso 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. - Se impugna por el recurrente en el presente recurso contencioso administrativo la resolución 749/2014 de 15 de octubre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por la que se desestima 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 4 de julio de 2014 en el BOPA y en el Perfil del Contratante y todos cuantos actos de los que trajeran causa y se deriven con la demanda presentada se solicita se dicte sentencia por la que se declare la nulidad, anulabilidad e improcedencia de la resolución y acuerdos objeto de recurso y declare la obligación del órgano de contratación de rectificar la lista de trabajadores a subrogar por la nueva concesionaria, incluyendo en la misma al aquí actor Don Amadeo en el número de orden que le corresponda, declarando y establecido la obligación de su contratación como personal laboral por parte de la empresa adjudicataria de la concesión zonal Z-0094, y condene a la demandada al cumplimiento de tal obligación y todas las derivadas, así como al restablecimiento de la situación jurídica individualizada de Don Amadeo en la cuantía que resulte de la prueba, con todas las consecuencias económicas derivadas, daños y perjuicios morales y económicos (por no haber lucrado sueldos y salarios, antigüedad, contrataciones a la Seguridad Social), y hasta el cumplimiento de la sentencia, pretensiones éstas a las que se opone la Administración demandada Consorcio de Transportes de Asturias (CTA), quien solicita la desestimación del recurso interpuesto.

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 transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 suscrito con 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) adopta 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; A3305680 J), 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 dirección 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 del servicio público regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094 siendo el presupuesto estimado del contrato de 9.564.924,30 €, aprobándose por resolución del Director General del CTA de 17 de marzo de 2014 el expediente para la 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, presentándose una única oferta que fue excluida por haber sido presentada fuera de plazo, declarándose el 12 de junio de 2014 desierto el procedimiento tramitado.

Manteniéndose la necesidad que motivó la licitación, se consideró pertinente convocar un nuevo proceso de licitación en los mismos términos que fue publicado en el BOPA de 4 de julio de 2014.

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

"2.2.6 Dotación mínima de personal que el contratista declaró 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 impuso 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 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 ...".

Mediante escrito con entrada en el órgano de contratación el 22 de julio de 2014, el aquí recurrente formula alegaciones contra el Pliego de Condiciones solicitando la nulidad del mismo y solicitando la inclusión entre los conductores de la anterior concesionaria adscritos al servicio zonal que ha de ser subrogado por la nueva concesionaria, dictándose la resolución nº 749/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 15 de octubre de 2014, objeto del presente recurso jurisdiccional.

TERCERO. - Se alega por la recurrente como fundamento de su pretensión impugnatoria la nulidad absoluta del art. 62.1 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la utilización de criterios de selección de personal no ajustados a derecho, vulnerándose la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre y la normativa laboral, la nulidad, del mencionado art. 62 por dotación mínima insuficiente, vulnerando la normativa laboral en relación a los permisos, descansos y licencias así como nulidad del mencionado artículo por fraude de Ley toda vez que la norma impone al nuevo contratista la subrogación del personal de la anterior adjudicataria y el órgano de contratación en una actuación restrictiva de derechos de posibles afectados, interpreta el precepto estimando que solo ha de subrogarse en una dotación mínima, utilizando para la confección de esta relación de personal criterios no ajustados a derecho; incluyendo en la selección a personal del que por datos objetivos, tiene constancia que nunca se va a formalizar la contratación.

Planteados en tales términos la presente controversia jurisdiccional y por lo que respecta a la argumentación de la pendencia del proceso ordinario 389/2014 sustanciado ante esta misma Sala contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales correspondiente a la primera licitación de la gestión del servicio público señalar que la primera licitación resulta desierta, no habiéndose acordado en el presente procedimiento ninguna medida cautelar de suspensión.

CUARTO .- Por lo que respecta a la argumentación consistente en la utilización de criterios de selección de personal no ajustada a derecho, vulnerándose por ello la Ley 16/87, de 30 de julio de Ordenación del Transporte Terrestre, señalar que los arts. 73 y 75 de la Ley Orgánica del Transporte Terrestre según la redacción modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, establece que el Pliego de condiciones que haya de regir la adjudicación de un contrato incluirá en todo caso:

73.2.g) La dotación unánime 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 resultó 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 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 entre el Consorcio de Transportes de Asturias y la Empresa Roces, S.A. no lo tenían previsto, por lo 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, siendo así que el Consorcio de Transportes de Asturias optó para 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 ésta 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.

QUINTO .- Por lo que respecta a la argumentación consistente en la insuficiencia de la dotación fijada en el Pliego para la adecuada prestación del servicio objeto de licitación, señalar que la valoración de la necesidad de la contratación como la fijación de las condiciones para la prestación del servicio objeto de licitación, incluyéndose entre ellas la apreciación de la dotación mínima del equipo de trabajo exigido para la prestación del servicio, corresponde al órgano de contratación, siendo una apreciación de carácter técnico y discrecional, así el número contrato de trabajadores a subrogar se fija en 12, número que se establece sobre la base del informe emitido por la Directora del Área Técnica del Consorcio de Transportes de Asturias, siendo dicha dotación de 12 conductores dados de alta en la empresa contratista, excluyéndose expresamente la inclusión de personal de oficina o taller por no resultar necesario, es por ello que la argumentación de la actora que la cláusula 2.2.6 del Pliego de Condiciones, al determinar la dotación mínima de personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y concretar los trabajadores que componen esta dotación mínima, entre las que él no se encuentra, vulnera el derecho de su parte a la subrogación no puede ser admitido toda vez que la dotación mínima exigible conforme al señalado informe es de 11,42 conductores, sin que quede acreditado que en la valoración se hayan aplicado criterios arbitrarios, o discriminatorios que se hubiese incurrido en error material al efectuarla, por lo que no puede estimarse que la actora con la documentación presentada hubiese desvirtuado la misma.

En relación a la invocación realizada por la actora consistente en que alguno de los trabajadores a subrogar tenía próximo el momento de su jubilación, por lo que, de hecho, la subrogación afectaría a menos conductores, señalar que tal circunstancia solo podría haber sido tenida en cuenta en el supuesto que la jubilación ya se hubiese producido, debiendo tenerse en cuenta que ninguna jubilación de las alegadas se había producido en el momento de la aprobación de los pliegos de condiciones impugnadas, por lo que el hecho de la mayor o menor proximidad en el tiempo de la fecha de jubilación del trabajador, no afecta a la procedencia de la inclusión del trabajador en cuestión en la relación del personal a subrogar, así como si finalmente los doce trabajadores fueran o no subrogados, cuestión ésta que no puede afectar ni al expediente de contratación ni a los pliegos impugnados, por lo que si una vez adjudicado el contrato, una parte del personal renunció a la subrogación no afecta a la misma.

SEXTO .- En materia de costas procesales las mismas deber 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 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 contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de



los Tribunales D. Miguel Ángel Fernández Rodríguez, en nombre y representación de D. Amadeo , contra la resolución 749/2014 de 15 de octubre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por la que se desestima 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 en BOPA 4 de junio de 2014, estando representada la Administración demandada, CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS (CTA) por la Procuradora D^a Pilar Lana Álvarez, resolución que se confirma por ser ajustado a Derechos. Con expresa imposición de las costas a la recurrente 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ