



Roj: **STSJ AS 746/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:746**

Id Cendoj: **33044330012016100181**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2016**

Nº de Recurso: **256/2015**

Nº de Resolución: **186/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

OVIEDO

SENTENCIA: 00186/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 256/15

RECURRENTE: D. Ignacio

PROCURADOR: D. JAVIER ALVAREZ RIESTRA

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

CODEMANDADO: CONSORCIO DE TRANSPORTES DE ASTURIAS

PROCURADOR: D^a 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 catorce de marzo 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 256/15 interpuesto por D. Ignacio , representado por el Procurador D. Javier Alvarez Riestra, actuando bajo la dirección Letrada de D. Alfonso Suárez Hernández, 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, representado por la Procuradora D^a Pilar Lana Alvarez, actuando bajo dirección Letrada. 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 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 26 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, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día 10 de marzo 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, el Acuerdo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 15 de octubre de 2014, por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación frente al Pliego de Condiciones para la Licitación por Procedimiento Abierto, del Servicio Público de Transportes Regular de Viajeros por Carretera de Uso General Z-0094, del Consorcio de Transportes del Principado de Asturias. Con la demanda presentada se solicita se dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso, revoque la resolución recurrida y declare la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, la anulabilidad de la cláusula 2.2.6 del Pliego de Condiciones para la licitación por procedimiento abierto del contrato de gestión del servicio público de transportes regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094, en lo concerniente a la inclusión entre el personal del anterior contratista que deberá ser objeto de subrogación de D. Vidal , D. Amadeo , D. Emiliano y D^a Rosario , condenando a la Administración recurrida a estar y pasar por dicha declaración, con cuantos efectos legales sean inherentes a la misma y, en particular, a:

- a) Excluir a D. Vidal , D. Amadeo , D. Emiliano y D^a Rosario , o a cualquiera de ellos, de la relación de personal que deberá ser objeto de subrogación en virtud de lo prevenido en la cláusula ya citada.
- b) Incluir al actor en la ya citada relación de la cláusula 2.2.6 que deberá ser objeto de subrogación con carácter obligatorio por parte del adjudicatario, por constituir la dotación mínima del servicio.

Pretensiones ellas a las que se opone el Consorcio de Transportes de Asturias representado por la Procuradora D^a Pilar Oria Rodríguez.

Se alega por la recurrente como fundamento de su pretensión impugnatoria, que la cláusula 2.2.6 del Pliego de Condiciones, al determinar la dotación mínima de personas que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y concretar los trabajadores que componen esta dotación mínima, vulnera el derecho por su parte a la subrogación por los siguientes motivos:

- a) Que la relación de personas a subrogar se ha configurado, entre otros, con antiguos trabajadores que habrían cesado en la relación laboral con la Empresa Roces, S.A., con anterioridad al cese del compareciente, y una persona que en los próximos meses pasará a ostentar la condición de pensionista por jubilación.
- b) Que la dotación mínima establecida para el servicio resulta manifiestamente insuficiente, debiendo ser incrementada en al menos otros cuatro conductores.
- c) Que la selección de personas se hace "en virtud de consideraciones de órganos administrativos completamente ajenos a la entidad gestora y carentes de competencia objetiva y funcional para determinar qué concretas situaciones deben ser calificadas como "alta" o "asimiladas al alta"; verbigracia, el Tribunal Central de Recursos Contractuales.



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.- Señala la actora que la resolución recurrida, al confirmar el Pliego de Condiciones impugnado, incurre en causa de nulidad establecida en el apartado c) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , por cuanto establece la obligación de la empresa que resulta adjudicataria del servicio de subrogarse en la relación laboral de dos personas (D. Vidal y D. Amadeo), cuya capacidad laboral se había extinguido a la fecha de la adjudicación y suscripción del contrato administrativo, como consecuencia de la jubilación de ambos, lo que determina que la condición establecida en el Pliego en relación con los doce puestos de trabajo, resulta de imposible cumplimiento, circunstancia que, por otro lado, era perfectamente previsible al momento de aprobación y publicación de dicho Pliego.



Al mismo tiempo, la resolución recurrida, al confirmar en todos sus extremos el Pliego de Condiciones, incurre en la causa de nulidad prevista en el apartado f), en cuanto atribuye a cuatro personas (D. Vidal , D. Amadeo , D. Emiliano y D^a Rosario) el derecho a ser subrogadas en respectivas relaciones laborales por la empresa que resulte ser la adjudicataria, y ello pese a que ninguna de ellas cumplía a la fecha de aprobación y publicación de los pliegos las condiciones establecidas en los mismos y en el Acuerdo del Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias, de fecha 29 de noviembre de 2013: las dos primeras por su falta de capacidad laboral, las dos últimas por no encontrarse contratadas y en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a fecha 8 de marzo de 2013. Subsidiariamente el acuerdo impugnado, en cuanto confirmación de los Pliegos en su día recurridos, debe ser reputado como anulable en virtud de lo establecido en el art. 63.1 de la Ley 30/92 , por infringir la cláusula 2.2.3 del mismo Acuerdo previamente adoptado por el Consejo de Administración del Consorcio de Transportes de Asturias, en su sesión de fecha 29 de noviembre de 2013, al incluir entre las personas cuyas relaciones laborales habrán de ser objeto de subrogación laboral por el concesionario a cuatro personas, que no cumplían las condiciones establecidas en el citado Acuerdo.

A ello hemos de manifestar, como ya ha señalado esta Sala en sentencia de veintiséis de febrero en la que se impugnaba esta misma resolución, que el hecho de que alguno de los trabajadores a subrogar tuviera próximo el momento de la jubilación, tal circunstancia solo podrá haberse tenido en cuenta en el supuesto que la jubilación ya se hubiese producido, debiendo señalarse que ninguna jubilación de las alegadas se había producido en el momento de la aprobación de los pliegos de condiciones impugnadas, por lo que 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 fueron 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.

CUARTO .- Por otra parte, en relación a la alegación que en la relación de personas a subrogar se ha configurado con antiguos trabajadores que habían cesado en la relación laboral con la Empresa Rocés, S.A., con anterioridad al cese del compareciente, es preciso mencionar como parte de los trabajadores habían sido despedidos previamente al momento en que cesó de prestar los servicios de la concesión, por lo que era imposible que prestaran ningún tipo de servicio en aquellos momentos, obteniendo con posterioridad sentencias declarando los despidos improcedentes y condenando a la readmisión o indemnización, aplicándose la primera consecuencia en caso de que la empresa no ejerciera la opción, como así fue y la Tesorería General de la Seguridad Social reconoció expresamente mediante el alta de esos trabajadores con efecto retroactivo desde la fecha del despido, optando el Consorcio de Transportes de Asturias al no existir la empresa empleadora por determinar la dotación mínima necesaria de personal para la misma concesión, seleccionando al personal a subrogar por estricto orden de mayor a menor antigüedad en contratos laborales de carácter indefinido en la anterior empresa contratista, teniendo en consideración a la hora de determinar las situaciones de alta de los trabajadores los informes de la Tesorería General de la Seguridad Social. Es por ello que no acreditándose que la dotación mínima establecida para el servicio resultase manifiestamente insuficiente, y que las personas incluidas en la subrogación incumplían los requisitos exigidos en la propuesta de contratación, y no existir un derecho genérico a la subrogación, unido al hecho de 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 de trabajadores a subrogar se fijó en 12, número que se establece sobre la base del informe emitido por el Director 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, por lo 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 los que no se encuentra, no vulnera el derecho de su parte a la subrogación, 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, o que se hubiese incurrido en error material al efectuarlo, es por ello que no existiendo un derecho genérico a la subrogación, en la medida que no existe Convenio Colectivo que lo prevea, ni ha habido una sucesión de empresas en los términos previstos en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores , solo tendrán ese derecho los trabajadores que el órgano de contratación haya incluido en los pliegos, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica del Transporte Terrestre.

QUINTO.- 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. Ignacio , 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.