



Recursos nº 297, 311, 312, 317, 323, 339 y 350/2014

Resolución nº 386/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de mayo de 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por D. S.H.H., D. J.A.S.H., D. N.M.R., D. A.G.B., D. W.G.C.R., D. S.C.R.B. y D. J.V.A., contra el Pliego de condiciones que rige la licitación por procedimiento abierto, de 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) el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consorcio de Transportes de Asturias convocó, mediante anuncio publicado el 26 de marzo de 2014, en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, y en el Perfil de contratante, licitación para adjudicar por procedimiento abierto la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de uso general Z-0094, con un valor estimado de 9.564.924, 30 euros, y, un presupuesto base de licitación (recaudación anual prevista, IVA excluido) de 637.661,62 euros.

Segundo.- El procedimiento para la adjudicación se tramitó conforme a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones que se sometía expresamente al Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transportes de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo; a la Ley 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de Transportes Terrestres (LOTT en adelante); a su Reglamento aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT en adelante); a las demás disposiciones complementarias reguladoras de los transportes; y, en lo no contemplado por



éstas, al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y demás normativa reguladora de la contratación del Sector Público.

Tercero. La cláusula 2.2.6 del Pliego, bajo la rúbrica de *“Dotación mínima de personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio y subrogación”* dispone que:

“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 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:

.....

La nueva empresa contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiera contraído el empresario anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 75.4 de la LOTT.”

Cuarto. Los recurrentes interpusieron recursos independientes contra el Pliego en las siguientes fechas:

- D. S.H.H. (recurso 297/2014) y D. J.A.S.H. (recurso 311/2014) lo interpusieron el 9 de abril de 2014, directamente ante el Consorcio de Transporte de Asturias.
- D. N.M.R. (recurso 312/14) anunció la interposición del recurso el 3 de abril de 2014, interponiéndolo ante el órgano de contratación el 11 de abril de 2014.



- D. A.G.B. (recurso 317/14) interpuso directamente el recurso ante el órgano de contratación el 11 de abril de 2014.
- D. W.G.C.R. (recurso 323/14) interpuso directamente el recurso el día 14 de abril de 2014 (según sello de Correos y Telégrafos) con registro de entrada en el órgano de contratación el día 16 de abril de 2014.
- D. S.C.R.B. (recurso 339/14), interpuso directamente recurso especial ante el Consorcio de Transportes de Asturias el 23 de abril de 2014.
- D. J.V.A. (recurso 350/2014) interpuso el recurso ante el Consorcio de Transportes de Asturias el día 25 de abril de 2014.

Quinto. El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal una copia del expediente de contratación, así como el correspondiente informe, respecto a cada uno de los recursos interpuestos, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 46.2 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de los recursos 297, 311, 312, 317, 323, 339 y 350 por tener todos por objeto el recurso del Pliego que rige la licitación y estar basados en motivos plenamente coincidentes.

Este Tribunal resulta competente para conocer del recurso, en virtud del Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre competencia de recursos contractuales [BOE de 28 de octubre de 2013].

Segundo. Constituye el objeto del recurso 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, del Consorcio de Transporte de Asturias, que ha sido licitado por un importe de 9.564.924,30 euros. Y, se prevé como gasto de primer establecimiento un mínimo de 600.000 euros, y un plazo de ejecución de 10 años.

Se cumplen por lo tanto los requisitos exigidos por el artículo 40.1 c) y 2.a) del TRLCSP para poder considerar el acto impugnado susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Tercero. El plazo para interponer recurso contra el contenido de los pliegos es de 15 días hábiles a partir del día siguiente en que fueron recibidos o puestos a disposición conforme prevé el artículo 44 del TRLCSP. En la medida en que el anuncio fue publicado el día 26 de marzo, procede considerar que el plazo de 15 días hábiles expiró el 12 de abril. Por lo tanto, son extemporáneos los recursos interpuestos por D. W.G.C.R., D. S.C.R.B. e D. J.V.A., que se interpusieron respectivamente el 14 de abril, el 23 de abril y el 25 de abril de 2014, y procede su inadmisión.

El resto de los recursos interpuestos son admisibles, aun cuando en algunos casos los recurrentes han interpuesto directamente el recurso, sin anunciarlo previamente como exige el art.44.1 del TRLCSP. Al efecto procede recordar que es criterio reiterado por parte de este Tribunal que dicha ausencia no puede considerarse como un vicio que impida la válida continuación del procedimiento, en cualquier caso, el órgano de contratación coincide con el criterio de este Tribunal.

Cuarto. Por lo que se refiere a la legitimación de los recurrentes, el artículo 42 del TRLCSP dispone que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

En efecto, como este Tribunal ha expuesto, entre otras, en su resolución 122/2012, para precisar el alcance del *“interés legítimo”* en caso de terceros no licitadores -como es el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.



En este sentido, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en numerosas resoluciones. Valga citar la Resolución 290/2011, donde se expone en el fundamento de derecho cuarto que: *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética...”*

Pues bien, a estos efectos, la legitimación que alegan los recurrentes se fundamenta en el mantenimiento de su relación laboral en los términos que disfrutaba con la anterior concesionaria y afirman que resultan afectados por la contratación, al ser trabajadores en cuyo contrato laboral debería subrogarse la nueva empresa adjudicataria.

El órgano de contratación admite la legitimación de los recurrentes salvo en el caso de los recursos 297/2014 (D. S.H.H.) y 339/2014 (D. S.C.R.B.), en los que considera que los recurrentes no tiene legitimación porque no eran trabajadores de la anterior contratista en la fecha de 8 de marzo de 2014, fecha de inicio del expediente de extinción. Dado que el recurso 339/2014 ha sido inadmitido por extemporáneo, vamos a hacer referencia únicamente al recurso 297/2014.

Sobre D. S.H.H. el órgano de contratación explica que carece de legitimación porque no estaba dado de alta en la Seguridad Social el 8 de marzo de 2013, y que desde el 23 de junio de 2006 hasta el 16 de mayo de 2013 estuvo de alta como trabajador de la empresa AUTOCARES LINO S.L.

Entendemos que no puede inadmitirse el recurso 297/2014 por falta de legitimación en la medida en que precisamente el recurso interpuesto por dicho trabajador tiene por finalidad demostrar que sí era trabajador de dicha empresa, lo cual constituye una cuestión de fondo.

Quinto. Por lo que se refiere a las razones que sustentan la impugnación, los recurrentes basan su recurso en los siguientes motivos:



1. D. S.H.H., en el recurso 297/2014, recurre el Pliego instando que se le incluya en la lista de personal a subrogar por la nueva adjudicataria del servicio.

Como fundamento de su pretensión alega que el 14 de marzo de 2013 solicitó al Consorcio que se le tuviese en cuenta para la subrogación por la nueva adjudicataria (adjunta al efecto documento de 15 de noviembre) pero que, no obstante dicha petición, en el Pliego de condiciones no aparece, a pesar de tener una antigüedad superior a la de las personas que se detallan.

Entiende que si se sigue el criterio de antigüedad debería ocupar el puesto número 5 de la lista y ello aunque en marzo de 2014 estuviera dado de alta en la empresa AUTOCARES LINO S.L porque en realidad estaba trabajando para ROCES S.A. Respecto a este último extremo aporta una sentencia del Juzgado de lo social número 1 de Avilés de 9 de octubre de 2013 que declara que respecto a estas empresas *“el demandante venía prestando servicios de manera indistinta...”* y condena *“a las empresas codemandadas, Rocés, S.A. y Autocares Lino, S.L., a que de acuerdo con el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores opten entre readmitir al trabajador en su mismo puesto de trabajo y con las mismas condiciones que con anterioridad al despido o el abono de la indemnización...”*.

2.- D. J.A.S.H., en el recurso 311/2014, pide la nulidad y la revisión de los pliegos con el fin de que se le incluya en la relación de personal a subrogar, se excluya a los que no tienen que ver con la prestación del servicio, y se practiquen las pruebas que correspondan, incluso el careo con ellos.

Como fundamento de su pretensión identifica a cuatro personas que dice no realizaban las líneas objeto de la concesión, que 12 empleados no son suficientes, y que para calcular los costes y compensaciones de los servicios habría que tomar en consideración los costes que para la empresas tenga la realización del servicio.

3 - D. N.M.R., en el recurso 312/14, solicita que se le incluya dentro del personal a subrogar a la prestación del servicio, que se declare la nulidad y/o anulabilidad de la lista publicada y que se emita una nueva lista con su inclusión y publicación por los mismos medios que el pliego de licitación.



Como fundamento de su pretensión señala que puede ocupar perfectamente un puesto de mecánico o de conductor-mecánico y que se le ha excluido sin ninguna justificación en la medida en que se incluyen a mecánicos conductores con antigüedad similar y trabajadores que fueron despedidos y cuyo despido fue declarado improcedente. Por lo tanto concluye que la lista confeccionada es arbitraria y vulnera los artículos 3 y 14 de la Constitución Española, 4 c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 1b del Convenio 111 de la OIT. También considera de aplicación el artículo 44 del ET.

4 - D. A.G.B., en el recurso 317/14, pide la exclusión de 4 trabajadores de la lista y su inclusión en la misma.

Como fundamento de su pretensión explica que los trabajadores cuya exclusión pide no tenían relación laboral con la empresa, y que, por el contrario, el sí la tenía y reunía los requisitos exigidos. Añade que entiende que es un error material porque si no se estaría alterando una documentación pública de forma fraudulenta en aras a obtener la subrogación de manera indebida y en perjuicio de terceros.

Pide que se recabe por el Consorcio de Transportes información del alta y baja de las personas a subrogar, así como que se les requiera a dichas personas ara que se aporte copia del certificado de empresa expedido con ocasión de la extinción de su relación laboral.

Sexto. El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, explica que ROCES S.A, empresa de la que dicen ser trabajadores los recurrentes, era la anterior adjudicataria del contrato de gestión mediante concesión zonal del servicio público de transporte regular y permanente de viajeros por carretera de uso general en la zona-0094. El contrato, no obstante, fue resuelto en fecha de 28 de junio de 2013 por haberse suspendido la autorización de transporte público discrecional, y se acordó simultáneamente la convocatoria de una nueva licitación *“imponiendo con carácter obligatorio para todos los licitadores la subrogación en los contratos de personal laboral indefinido necesario para la explotación del servicio que estuviera de alta en la empresa concesionaria en la fecha de inicio del expediente de resolución del contrato de concesión Z-0094”*.

Con fecha de 29 de noviembre de 2013 el Consejo de Administración determinó que el personal necesario para la prestación del contrato era de 12 conductores *“debiendo éstos ser*



seleccionados, por orden de mayor a menor antigüedad, de entre aquellas personas en las que concurran, 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 de 8 de marzo de 2013, en la empresa concesionaria (Empresa Roces SA-CIF: A3305685), de conformidad con la información obrante en la documentación oficial expedida por la Tesorería General de las 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”.

Explica que al estar ante el cambio de operador en un contrato de servicio público de transporte hay que estar al Reglamento (CE) nº 1370/2007, antes citado, a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de empresa o de centros de actividad; a la LOTT y al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Transcribe también parte de la Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (publicado el 29 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de la Unión Europea).

Entiende que de esta normativa resulta, en principio, que no existe ningún derecho a la subrogación porque no se dan las condiciones de aplicación de la Directiva 2001/23/CE y porque tampoco prevé el Convenio Colectivo de Transporte por Carretera del Principado de Asturias ninguna previsión sobre la subrogación.

No obstante, explica que el establecimiento en los Pliegos de la dotación de personal mínimo, y la subrogación de los trabajadores de la anterior contratista, es una obligación que viene impuesto por el artículo 75.4 de la LOTT en los términos regulados en los apartados g y h del artículo 73.2 del mismo texto legal.

Partiendo de dicha circunstancia, añade, en lo que se refiere a cada uno de los recurrentes lo siguiente:



1.- Respecto a los motivos alegados por D. S.H.H. en el recurso 297/2014, el órgano de contratación explica que la razón de su no inclusión es que el recurrente no era trabajadores de la empresa ROCES S.A.

Considera que esta apreciación no queda desvirtuada con la sentencia aportada por el recurrente porque de acuerdo con el artículo 54 de la LOTT, y el artículo 48 del RD cabe la colaboración de otros transportistas, usando los vehículos y los conductores de estos. Las relaciones jurídicas entre estas empresas no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la organización administrativa. Es más, explica que los trabajos que detalla la sentencia no forman parte de los servicios de la concesión y no estaba por lo tanto realizando servicios de las líneas de transporte objeto de licitación.

2.- Respecto a los motivos alegados por D. J.A.S.H. en el recurso 311/2014, explica que la dotación mínima de 12 trabajadores es suficiente, de acuerdo con el informe de la Directora del área Técnica del Consorcio que obra en el expediente, que aunque el recurrente indica que cabe excluir a algunos trabajadores no aporta ninguna prueba sobre el servicio prestado por éstos, y finalmente, incluye una tabla con los trabajadores resultando que el recurrente ocuparía el puesto número 14.

3.- Respecto a los motivos alegados por D. N.M.R. en el recurso 312/14, explica que ha sido excluido por ser “Jefe de Taller”, por lo que no ha sido tenido en cuenta. Al efecto, no considera que el recurrente pruebe en su recurso que fuese conductor o conductor-mecánico, no siendo suficientes las declaraciones efectuadas por personas que no tienen relación con la empresa, constando en la sentencia que aporta que es efectivamente *jefe de taller*. Por lo tanto, concluye que no existe la pretendida discriminación porque los trabajadores incluidos, a diferencia del recurrente, tenían la categoría de conductor-mecánico.

4 - Respecto a los motivos alegados por D. A.G.B. en el recurso 317/14, que las cuatro personas que indica el recurrente, según consta en el expediente administrativo (folios 61 a 72, 236 a 244, 153 a 165 y 86 a 101), estaban dadas de alta en la empresa ROCES S.A el 8 de marzo de 2014. Aclara que el certificado utilizado es de noviembre de 2013 y no de 8 de marzo 2014, porque se atendió a una fecha en la que se realizó las regularizaciones por la Tesorería General de la Seguridad Social. Finalmente el cuadro que incluye consta con el número 18

Séptimo. Examinados los motivos de impugnación y las alegaciones del órgano de contratación, el debate se centra en la cláusula 2.2.6 del Pliego que establece la dotación mínima de personal que el contratista deberá asumir en la prestación del servicio y la obligación de subrogación.

Dado que sobre la subrogación en los contratos del sector público, en los términos establecidos en el artículo 120 del TRLCSP ya se ha pronunciado este Tribunal y otros Tribunales administrativos y órganos jurisdiccionales, debemos hacer una breve referencia a lo que venimos estableciendo al respecto.

A tal efecto, el artículo 120 del TRLCSP, relativo a la Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, dispone que *“en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados está obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”*.

La obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del citado personal deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el órgano de contratación.

Los términos en que debe comprenderse la obligación de subrogación han sido también analizados por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, explicando, en su Informe de 31/1999, de 30 de junio, que *“en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares,” matizado posteriormente por el informe*

33/2002, de 23 de octubre, que señala “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.(...)”.

Octavo. Dicho eso, no obstante, no podemos desconocer que el contrato que nos ocupa es un contrato de gestión de servicio público regular de viajeros por carretera. Ello supone que debemos partir, por ser “lex specialis” de la aplicación del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1108/70 del Consejo.

La propia Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, citada por el recurrente, nos indica que dicho Reglamento “...tiene por objeto crear un mercado interior para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros..” y “..Lo hace complementando las normas generales sobre contratación pública..”.

El Reglamento (CE) nº 1370/2007 establece determinadas reglas especiales relativas al contenido de dichos contratos, y, en lo que se refiere al procedimiento de adjudicación indica que se regirá por el Reglamento citado si bien, el artículo 5 apartado 1 determina que se aplicarán las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE respecto a los servicios de transporte en autobús o tranvía, cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. Como explica la Comunicación de la Comisión, haciendo referencia a las nuevas Directivas en materia de contratación pública, “La adjudicación de contratos de servicio (público) de transporte de viajeros en autobús o tranvía se rige pues exclusivamente por las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE”.

Ahora bien, en lo que se refiere al asunto objeto del presente recurso, la obligación y el alcance de subrogación tiene una previsión específica en el apartado 5 del artículo 4 del Reglamento que se refiere al “contenido obligatorio de los contratos de servicio público y reglas generales” disponiendo que:

“5. Sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que este hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios.”

Del primer inciso de este artículo resulta que las autoridades competentes pueden ofrecer al personal los derechos que hubieran tenido de haberse producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE, si bien, lo hace sin perjuicio del derecho nacional y comunitario y los convenios colectivos en vigor. Por lo tanto parece dejar un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para prever en su derecho interno, o bien, en los convenios colectivos en vigor, la posibilidad de incluir determinadas previsiones referentes al personal previamente contratado y a la posibilidad de prestar los servicios que hubiera tenido si se hubiera producido un traspaso.

En este sentido, el considerando 16 del Reglamento dispone que la Directiva 2001/23/CE *“no impide que los Estados miembros salvaguarden las condiciones de traspaso de otros derechos de sus empleados distintos de los cubiertos por la Directiva 2001/23/CE teniendo para ello en cuenta, si procede, las normas sociales establecidas en la legislación, las disposiciones administrativas nacionales o los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales”*.

En lo que se refiere a nuestro Derecho interno, existe precisamente una previsión específica en la LOTT, en el artículo 75 apartado 4 que indica que *“Sin perjuicio de la legislación laboral que resulte 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 artículo 73.2”*. Es decir, el Pliego de condiciones fijará conforme a la letra g) *“La dotación mínima del personal que el contratista deberá adscribir a la*

prestación del servicio” y conforme a la letra 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”.

En este caso, conforme al artículo 75 apartado cuatro, párrafo segundo “...el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos del personal al que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese prestando el servicio y tenga la condición de empleadora del personal afectado estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”. El párrafo cuarto añade que a estos efectos “...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 artículo 73.2”.

Esta previsión ha sido introducida por la Ley 9/2013 de 4 de Julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Por lo tanto, podemos concluir, que en el caso que nos ocupa, la exigencia de subrogación no ha sido determinada en los pliegos por el propio órgano de contratación, sino que es una exigencia impuesta por la LOTT. Esta obligación no se preveía con anterioridad en la LOTT que únicamente indicaba, en el apartado 4 del artículo 75 que: “*Cuando como consecuencia de los establecidos en esta Ley, resulte adjudicataria de la concesión una empresa distinta de la que hasta entonces hubiera explotado el servicio, se observarán respecto a la posible subrogación de la misma en las relaciones con los trabajadores de la anterior, las normas establecidas en la legislación laboral*”.

A la vista de la modificación operada en la LOTT, aplicable al expediente de licitación que nos ocupa, parece que es necesario llegar a la conclusión de que en este caso la obligación de subrogación lo es en los términos que establece esta disposición. No desconoce este Tribunal que existe algún pronunciamiento jurisprudencial reciente, que interpretando conjuntamente el

Reglamento (CE) nº 1370/2007 y la LOTT ha llegado a la conclusión de que el órgano de contratación no puede determinar en los Pliegos la exigencia de dicha subrogación (en este sentido se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de febrero de 2014, recurso 1905/2011). No obstante, esa conclusión era la procedente antes de la reforma operada por la Ley 9/2013, siendo la regulación actual distinta.

Así, cabe concluir que la obligación de subrogación, únicamente en la dotación de personal mínimo, y la obligación de incluirse esta previsión por el Órgano de contratación en los pliegos es una exigencia establecida por la LOTT. No habiendo convenio colectivo que prevea la subrogación, la misma se producirá estrictamente en los términos que prevé la LOTT.

No parece que esta previsión sea contraria al Derecho de la Unión, en concreto al Reglamento (CE) nº 1370/2007, pues éste, como ya hemos explicado, deja a salvo en este punto el derecho nacional. Aunque, sí indica expresamente en el inciso segundo del apartado 5 del artículo 4 que si se impone la obligación de cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considerara a los empleados vinculados a dichos servicios.

Por lo tanto, efectivamente, no existe ningún derecho genérico a la subrogación, en la medida en que no existe Convenio Colectivo que lo prevea, ni ha habido una sucesión de empresas en los términos previstos en el artículo 44 del ET y en la Directiva 2001/23/CE. Por el contrario, sólo tendrán ese derecho los trabajadores que el órgano de contratación haya incluido en los pliegos conforme a las previsiones de la LOTT.

En consecuencia procede desestimar las alegaciones de los recurrentes de que deberían de subrogarse en todo caso en la nueva contratista.

Noveno. El problema que se plantea por lo tanto al examinar los recursos es sí la elección llevada a cabo por el órgano de contratación es o no correcta, tanto en lo que se refiere a la fijación en 12 la dotación mínima para la prestación del servicio, y si los recurrentes deberían haber o no estado en esa lista.

Respecto a la dotación mínima consta en el expediente administrativa un informe de la Directora del área (folios 11 a 22) donde tras el análisis oportuno indica que la dotación mínima es de 11,42 conductores. De este modo considera que se puede concluir que *“la dotación mínima que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio es de doce conductores permitiendo esta cifra llevar a cabo todos los servicios planificados en el plan de explotación de la concesión con una organización racional y en cumplimiento de las normas vigentes”*.

Entiende este Tribunal que estamos ante una apreciación de carácter técnico y discrecional, y por lo tanto, tratándose de una cuestión técnica el Tribunal no puede corregir dicha conclusión aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Los recurrentes que consideran que el número 12 es insuficiente no aportan ningún elemento que indique que el órgano de contratación, que ha hecho suyo el informe de la Directora, haya incluido en error. Y, examinado el informe que obra en el expediente, tampoco encuentra este Tribunal ningún motivo por el que tenga que desvirtuarse la conclusión a la que el mismo llega.

Por lo tanto, procede desestimar este motivo de impugnación.

Décimo. Finalmente, debemos de examinar si el órgano de contratación ha incluido de forma errónea a algún trabajador que no debía constar en la relación de personas a subrogar, como defienden los recurrentes, y si éstos últimos han sido o no excluidos de forma correcta.

La LOTT indica que es el empresario el que tiene que suministrar la información al órgano de contratación, si bien, en el expediente que nos ocupa ha sido el propio órgano de contratación el que ha señalado los trabajadores concretos en los que deberá subrogarse el nuevo contratista. Ello se debe, tal y como resulta del expediente, a las vicisitudes que han surgido con el anterior contratista, cuyo contrato fue extinguido, que en ese momento extinguió todas sus relaciones laborales, dándose también la circunstancia de que con posterioridad

recayeron diversas sentencias de diversos juzgados de lo social declarando improcedentes los despidos.

El órgano de contratación explica que la información ha sido recabada de un informe de la Seguridad Social que regularizaba la situación de los trabajadores, informe que si bien tiene fecha de noviembre de 2013, regulariza la situación tomando en consideración la fecha de 8 marzo de 2013. Además, explica que consta en el expediente que se pidió información a los trabajadores (folios 22 a 25) y que los mismos contestaron al órgano de contratación (folios 58 a 284). Insiste en que el criterio que ha seguido ha sido el de la antigüedad entre las personas adscritas a la prestación del servicio.

El informe de la Seguridad Social parece ser que es el que obra a los folios 23 a 25 del expediente y examinado el mismo de la lista de personas incluidas en la relación existen dos trabajadores que no constan en el informe como personas contratadas a fecha de 8 de marzo de 2014. La primera es el trabajador con DNI 10861132A y la segunda el trabajador con DNI 11392164B. Pues bien, si dicho informe es el elemento objetivo a considerar para todos los trabajadores, al mismo tiene que estar el órgano de contratación para no incurrir en arbitrariedad ni en discriminaciones injustificadas.

Es más, si atendemos a la documentación que estos dos trabajadores presentaron al órgano de contratación, ninguno acredita que fuera empleado de ROCES S.A en la fecha de 8 de marzo de 2013. Así, el trabajador con DNI 11392164B consta como desempleado desde el 11 de enero de 2013 (folios 87 y 88 del expediente), aportando una sentencia posterior en la que se declaraba el despido efectuado por ROCES S.A como improcedente. No obstante no consta si se incorporó o no a la empresa de nuevo, pero su no incorporación se infiere del informe de la Seguridad Social que no lo incluye en la relación de personas dadas de alta a fecha de 8 de marzo de 2013.

Por su parte, el trabajador con DNI 10861132A tampoco consta en el informe de la Seguridad Social, y de su informe de vida laboral y otra documentación que aportó en su momento al órgano de contratación, lo único que resulta es que fue despedido con fecha 21 de diciembre de 2012, por lo que tampoco era empleado de ROCES S.A en la fecha de 8 de marzo de 2013.

Los demás trabajadores sí constan en el informe de la Seguridad Social, por lo que procede concluir que el órgano de contratación sólo ha incurrido en error al incluir a dos trabajadores de forma errónea, en la medida en que no eran trabajadores de la empresa ROCES S.A en la fecha de 8 de marzo de 2013. Estos dos trabajadores ocupaban los puestos 4 y 11, y, de este modo, para completar la dotación mínima (12 trabajadores), habría que tomar en consideración a los 2 siguientes trabajadores que corresponda por antigüedad. Según la tabla aportada por el Órgano de contratación en los informes remitidos serían los trabajadores con DNI 53677455D y 11440266C.

Finalmente, y en lo que se refiere a las pretensiones particulares de los recurrentes, procede declarar lo siguiente:

a) en lo que se refiere al recurrente D. S.H.H., éste no constan dado de alta en la empresa ROCES S.A, el 8 de marzo de 2014. A tal conclusión se llega atendiendo al informe emitido por la Seguridad Social de 30 de octubre de 2013 que se emite tras la sentencia que aporta el recurrente.

b) en lo que se refiere al recurrente D. J.A.S.H., el mismo es el trabajador que ocupaba el puesto número 14 con DNI 11440266C y, por lo tanto, con la modificación de la lista pasaría a ser el número 12, y en consecuencia, sí tendría derecho a ser incluido en la lista.

c) en lo que se refiere al recurrente D. A.G.B., el mismo ocupaba el puesto número 18 por lo que no entraría tras la modificación dentro de los 12 trabajadores más antiguos que prestasen el servicio.

c) Respecto a D. N.M.R. el mismo sí está incluido en el informe de la Seguridad Social como trabajador a fecha de 8 de marzo de 2013, pero consta dado de alta como “Jefe de taller,” es decir, no es conductor o conductor mecánico por lo que no existe la pretendida discriminación que alega dado que la subrogación sólo alcanzaba a las personas que eran conductores o conductores mecánicos.

Debe darse la razón al órgano de contratación de que las manifestaciones realizadas por personas cuya relación con la empresa se desconoce no pueden desvirtuar la información dada por la Seguridad Social, y, es más, la propia sentencia que aporta en el hecho primero de la misma pone de relieve que era jefe de taller.

Conforme a todo lo expuesto procede estimar parcialmente los recursos interpuestos en el sentido de que el órgano de contratación deberá modificar los Pliegos con el fin de suprimir de la lista a los trabajadores que no tendrían derecho a la subrogación por no ser trabajadores de la empresa a fecha 8 de marzo de 2013, esto es el trabajador con DNI 10861132A y el trabajador con DNI 11392164B. La lista deberá ampliarse con los dos siguientes trabajadores que proceda por antigüedad, y que de los informes remitidos, son los trabajadores con DNI 53677455D y 11440266C.

Por lo tanto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, párrafo segundo, del RGLCAP, debe procederse también a hacerse pública la modificación debiendo computarse a partir del nuevo anuncio el plazo establecido para la presentación de proposiciones.

Undécimo. Finalmente, procede desestimar la solicitud de prueba realizada por los recurrentes, por cuanto el expediente de contratación contiene toda la información necesaria para resolver el presente recurso y por lo tanto, resulta innecesaria.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha ACUERDA:

Primero. Inadmitir por extemporáneos los recursos interpuestos por D. W.G.C.R., D. S.C.R.B. y D. J.V.A., y estimar parcialmente los recursos interpuestos por D. S.H.H., D. J.A.S.H., D. N.M.R. y D. A.G.B., contra el Pliego de condiciones que rige la licitación por procedimiento abierto, de 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.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.