

T.S.J. CASTILLA-LEON CON/AD - 001 VALLADOLID
Sala de lo Contencioso Administrativo Sección PRIMERA
VALLADOLID C/ Angustias s/n

LPZ

N.I.G: 49275 45 3 2016 0000384

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000271 /2018

Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De D/ña. [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Contra D/ña. AYUNTAMIENTO DE ZAMORA

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO

D^a ANA MARÍA RUIZ POLANCO, LETRADA DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de VALLADOLID.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de RECURSO DE APELACION n° 271/18 ha recaído Sentencia, del siguiente tenor literal:

SENTENCIA N° 1008

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA MARÍA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a catorce de noviembre de dos mil dieciocho.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados más arriba, el presente recurso de apelación registrado con el número 271/2018, en el que son partes:

Como apelante: la entidad [REDACTED], representada por el Procurador Sr. [REDACTED] y asistida por el Letrado Sr. [REDACTED].

Como apelado: EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZAMORA, representado y asistido por el Letrado de sus servicios jurídicos Sr. [REDACTED].

Es objeto de la apelación la sentencia n° 83/2018 del Juzgado de lo Contencioso administrativo de Zamora, de fecha 26 de marzo de 2018, dictada en el procedimiento ordinario n° 303/2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado Juzgado dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de octubre de 2016 que desestima la reclamación efectuada por [REDACTED] el día 21 de enero de 2016 de restablecimiento del equilibrio económico y de reclamación de daños y perjuicios por sobrecostes en la concesión del servicio de transporte público de viajeros por importe de 70.519'30 euros como consecuencia del cumplimiento de la sentencia dictadas en el orden social contra la anterior concesionaria del servicio [REDACTED] y contra la recurrente (de carácter solidario) y por importe de 157.136,98 euros por los procedimientos de derivación de responsabilidad solidaria por falta de cotización de la anterior concesionaria [REDACTED] entre abril de 2012 y marzo de 2013, QUE CONFIRMO POR SER AJUSTADA A DERECHO. La parte demandante deberá abonar las costas del procedimiento con el límite de 1000 euros (más IVA)".*

SEGUNDO. - Contra esa sentencia interpuso recurso de apelación SEMURA BUS S.L, recurso del que una vez admitido, se dio traslado a las demás partes, habiendo presentado escrito de oposición la Administración demandada.

Emplazadas las partes, el Juzgado elevó los autos y el expediente a esta Sala.

TERCERO. - Formado rollo, acusado recibo al Juzgado remitente y personadas la parte apelante y apelada, se designó ponente a la Magistrada D^a. ENCARNACION LUCAS LUCAS. Al no practicarse prueba ni haberse celebrado vista o conclusiones, el pleito quedó concluso para sentencia, señalándose para votación y fallo del mismo el pasado día 31 de octubre del año en curso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de apelación la sentencia nº 83/2018 del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Zamora por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 27 de Octubre de 2016 del Ayuntamiento de Zamora, por la que se desestima la reclamación de Semura Bus S.L. de pago de 70.519,30 euros que se ha visto obligada a abonar en consecuencia del cumplimiento de diversas sentencias dictadas en el orden social contra la anterior concesionaria del servicio [REDACTED] y contra la recurrente (de carácter solidario) y de 157.136,98 euros que también se ha visto obligada a abonar en los procedimientos de derivación de responsabilidad solidaria por falta de cotización de la anterior concesionaria.

El apelante en su recurso de apelación, tras la exposición de lo que denomina antecedentes relevantes, impugna la sentencia de instancia por los siguientes motivos:

.Error al conceptualizar los costes laborales a los que se remite el art. 120 del TRLCSP. Considera que la sentencia equipara costes laborales con costes

salariales cuando lo cierto es que la Administración está obligada a dar a conocer toda aquella información necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales en su conjunto, por lo que esta información debe contener los costes salariales y otros conceptos necesarios para que el empresario pueda evaluarlos, como son las cotizaciones sociales a cargo de los empleadores, las prestaciones sociales directas, las indemnizaciones por despido o fin de contrato, la formación, el transporte, el servicio de comedor, el servicio de guardería para descendientes, las actividades deportivas culturales, etc...

Error en la valoración de la prueba. Sostiene que los hechos declarados probados en la sentencia en algunos casos son parciales y en otros se omite hechos relevantes y fundamentales que la apelante estima probados.

Error en la sentencia al no aplicar ni la doctrina científica ni la jurisprudencia existente en supuestos análogos. A este respecto cita diversas resoluciones judiciales e Informes de la Abogacía General del Estado que considera le dan la razón a la hora de interpretar la obligación que el art. 120 del TRLCSP contiene en el sentido de que la Administración debe dar traslado a los posibles licitadores de todos los extremos que conoce respecto del anterior concesionario, como pueden ser las comunicaciones de embargos de la TGSS o las reclamaciones de los trabajadores, debiendo facilitar una información completa, veraz y actualizada sobre los costes laborales del contrato.

Error de la sentencia al considerar que la estimación de la demanda supondría modificar un pronunciamiento firme del orden social.

Error de la sentencia al no estimar invalidante el defecto procedimental consistente en la falta de práctica de la prueba propuesta por el apelado en el expediente administrativo. Alega que lo debatido no es una cuestión jurídica como lo demuestra el hecho de que el Juzgado recibió a prueba el recurso, y que en la resolución recurrida se le achaca no haber acreditado el pago de determinadas cantidades.

Error de la sentencia al no considerar que el Ayuntamiento debió fiscalizar el destino del canon.

Por el Ayuntamiento se ha solicitado la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- El recurso de apelación debe desestimarse compartiendo esta Sala los fundamentos de la sentencia impugnada y las alegaciones de la Administración en su oposición a la apelación, según se razona a continuación.

En primer lugar, debemos hacer una referencia a la naturaleza de la acción ejercitada en la demanda y reiterada en esta apelación, ya que dada la extensión de los escritos presentados se hace referencia a diversas cuestiones que, en todo caso, deben de ponerse en relación con la naturaleza de la acción ejercitada.

En este sentido la sentencia de instancia, a pesar de que en ocasiones alude a los criterios para apreciar la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración de naturaleza extracontractual, califica, en su fundamento jurídico QUINTO, la acción ejercitada como de naturaleza contractual diciendo *"Quinto.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN Otra cuestión relevante a juicio de esta Juzgadora es la naturaleza jurídica de la pretensión de la recurrente. En la reclamación efectuada en vía administrativa (folios 660 y sig. EA) parece centrar su petición en el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se puede concretar en: "la modificación de las tarifas establecidas por la utilización del servicio; la alteración del plazo concesional; y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato". Es decir, que su argumentación jurídica sí se basa a priori en el art. 282 TRLCSP cuando dice que "2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato" y ello a su juicio por infracción del art. 120 TRLCSP, pero lo que se solicita no es una modificación del contrato para compensar (sí se había solicitado una revisión de precios previamente en el año 2015 aunque según se desprende de los folios 656 a 659 EA) el desequilibrio en cualquiera de las vías que el recurrente señala sino que se pide una cantidad concreta y que es la resultante de las condenas solidarias en el ámbito social más el importe de la responsabilidad subsidiaria declarada por la TGSS y lo hace por infracción del deber de información del art. 120 TRLCSP que le ha supuesto una ruptura del equilibrio económico del contrato, y que ha supuesto un enriquecimiento injusto para el Ayuntamiento. Esta petición es la misma que se sostiene en la demanda, aunque añade otros argumentos jurídicos a mayores a raíz de la desestimación de su petición en el Acuerdo de 27 de octubre de 2016 ahora recurrido: que la indemnización de daños y perjuicios también está amparada en el art. 1101 CC, que no hay prescripción del derecho porque en un contrato de gestión del servicio público el plazo de 4 años (no de un año, en virtud del art. 66 LGT) se cuenta desde que finaliza el servicio, infracción del principio de lealtad contractual, actos propios y seguridad jurídica.*

Es decir, que frente a un hecho concreto cual es la responsabilidad de la Administración por la redacción de los pliegos (no recurridos e incluso sosteniendo su validez en un procedimiento judicial anterior como ha puesto de relieve la Administración en su contestación) lo que se solicita no es ni más ni menos que una indemnización de daños y perjuicios cuya cuantificación no es sino las cantidades que por los incumplimientos laborales tuvo que abonar a los trabajadores de AURZA respecto de los cuales vio subrogada su posición de empleadora y por recargos por impagos a la Seguridad, siendo que dichos pagos no derivan del contrato firmado sino del Convenio Colectivo de aplicación -BOP 18 de julio de 2008- y por el art. 44 ET. Es decir que se trata de una responsabilidad no sólo laboral sino también legal y a priori ajena al contrato.

Centrada la petición del recurrente en un reequilibrio económico del contrato del art. 284.2 TRLCSP pero a la vez solicitándose una indemnización por enriquecimiento injusto por infracción del deber de información del art. 120 TRLCSP, que establece 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 estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste", debemos señalar que la eventual obligación de subrogar a los trabajadores del anterior contratista se rige por las disposiciones legales (art. 44 ET u otras normas sectoriales o convencionales en cada caso aplicables) y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí exigir esa medida por tener un contenido estrictamente laboral. El órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación -de origen normativo, insistimos-, informar en el Pliego o en la documentación complementaria "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". Y esta información y deber de subrogación sí constan en el Pliego, sin necesidad de incluir más datos o elementos de información como la constancia previa de embargos, que además ya no estaban vigentes a 31 de julio de 2012, o de datos posteriores a la redacción del pliego que el recurrente asumió como bueno sin recurrirlo para ahora decir que era insuficiente. Es más, según las propias palabras del recurrente la situación de AURZA era conocida en todo Zamora y si se trata de un hecho notorio (que por lo tanto no requiere de prueba) bien pudo la recurrente en el momento de presentar su proposición solicitar más información sobre la situación laboral y social de la anterior concesionaria.

También hay otro argumento en la demanda y es que el propio recurrente dice en su escrito de alegaciones de 2 de agosto de 2016 (folio 838 EA) cuál es la causa del perjuicio económico que reclama: "las causas de que mi representada haya sufrido el grave perjuicio económico sufrido (y cuya indemnización constituye el objeto de esta reclamación) son los incumplimientos de AURZA de sus obligaciones como concesionario del Excmo. Ayuntamiento de Zamora", aunque después achaca al Ayuntamiento una infracción del deber de vigilar el destino del pago del canon antes de liquidar la concesión. De nuevo nos encontramos ante un doble motivo para pedir las cantidades: la infracción del deber de información que traerían como consecuencia el restablecimiento del equilibrio económico del contrato para posteriormente solicitar dicha cantidad en base a una infracción del deber de vigilar el cumplimiento del contrato de concesión previo.

Lo que está claro es que en ningún caso podemos encontrar ante una indemnización a conceder, en su caso, por responsabilidad extracontractual puesto que existe un contrato que rige las relaciones de las partes (Sentencia nº 372/2016 de fecha 22/06/2016 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional) y como ya dijo el Consejo Consultivo (folios 890 y sig. EA).

De esta forma si bien en la resolución recurrida se señala que parte de la reclamación derivaría de una reclamación extracontractual y la entiende prescrita porque la

sentencia es del año 2014 y la reclamación es de enero de 2016, lo cierto es que también desestima en cuanto al fondo la reclamación contractual entendiendo que no tiene responsabilidad alguna en los incumplimientos previos de la anterior concesionaria y que no cabe el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por lo que no hay indefensión del recurrente sin perjuicio de que haya que examinar si concurren los requisitos de la acción y si se debe conceder la indemnización solicitada".

Esta conclusión de la sentencia de instancia no es cuestionada en el recurso de apelación, y, es compartida por esta Sala.

En efecto, como se dice en la Sentencia de la AN de 22/6/2016 citada en la de instancia, reiterada en la más reciente de 24 de enero de 2018 (recurso 489/2016), los supuestos en los que un contratista reclama a la Administración una indemnización de daños y perjuicios derivados de la defectuosa información contenida en los pliegos que rigen la contratación -como es el supuesto presente- estamos en presencia de una reclamación en el ámbito contractual.

Se dice en dichas sentencias:

"SEGUNDO.- En primer lugar, exponemos los criterios jurisprudenciales sobre el dilema responsabilidad contractual/responsabilidad patrimonial.

En este sentido, en la Sentencia de fecha 21 de junio de 2010, dictada en el recurso de casación nº 5392/2008, declara:

"Habida cuenta de que como se dice en el fallo la sentencia recurrida, lo que se reconoce es una indemnización al recurrente, "debido al incumplimiento contractual" de la Administración, es evidente, a nuestro juicio y dicho sea con todos los respetos, que se está confundiendo lo que constituye una posible indemnización por resolución de un contrato, con la figura de la responsabilidad contractual de la Administración por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos.

El incumplimiento de un contrato puede dar lugar a una acción de exigencia de su cumplimiento o, subsidiariamente de la indemnización de daños y perjuicios, como regula con carácter fundamental y básico el Art.º 1.224 del Código Civil y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el ámbito de la contratación administrativa. Pero un incumplimiento contractual nunca puede determinar una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Lo expuesto no puede concluir sino en la estimación del motivo del recurso que estamos desarrollando, por aplicación indebida del Art.º 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en que se fundamenta la responsabilidad patrimonial de la Administración que se reconoce en la sentencia impugnada".

En la Sentencia de fecha 28 de marzo de 2011, dictada en el recurso de casación nº 2865/2009, en relación con la viabilidad de la acción de responsabilidad en los supuestos de existencia de una relación contractual, declara:

"CUARTO.- Ambos motivos deben ser desestimados, pues, como razonan tanto las resoluciones administrativas y la Sala de instancia, no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración prevista por el artículo 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que tradicionalmente se identifica con la denominada responsabilidad aquiliana o extracontractual derivada de una actuación dañosa producida por la Administración como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que es, en todo caso, distinta y ajena de la que puede derivarse de otros títulos distintos de esa actuación, y en el caso que enjuiciamos, la sociedad recurrente fundamenta su pretensión indemnizatoria, no en el funcionamiento del servicio público, sino en el alegado incumplimiento del contrato de

suministro resuelto por la Administración en fecha cinco de marzo de dos mil tres, y como hemos declarado, entre otras, en nuestra sentencia de dieciocho de enero de dos mil cinco recaída en el recurso en interés de Ley, número 26/2003, el deber indemnizatorio de la Administración posee un régimen jurídico propio y diferente que por tanto no puede ser utilizado para sustentar cualquier otro tipo de acción de resarcimiento frente a la Administración. (...)"

Y, por último, en la Sentencia de fecha 21 de octubre de 2011, dictada en el recurso nº 460/2010, por esta Sala, Sección Primera, de la Audiencia Nacional, se expone el criterio jurisprudencial sobre el binomio responsabilidad patrimonial/responsabilidad contractual, declarando:

"TERCERO.- Pues bien, como se señala en la STS de 25-10-05 "esta Sala en casación ha de partir de esa realidad apreciada por la Sala de Instancia, y que acredita la existencia de una contratación aunque sea defectuosa, a la que no es aplicable, como se pretende el régimen establecido para los supuestos de responsabilidad patrimonial " es decir, existiendo una relación contractual entre la demandante y la Administración no es aplicable el régimen de la responsabilidad patrimonial.

El presente recurso trae causa de una relación contractual entre la Administración y la hoy demandante y las incidencias habidas en el ámbito del contrato deberá dirimirse y resolverse conforme a la Ley de Contratos vigente en el momento de la contratación, es decir la Ley 13/1995. Y las obligaciones sancionadas directamente por la ley se rigen por los preceptos de aquella que las hubiera establecido y, en lo no previsto en la misma, por las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos (artículo 1090 del Código Civil). Y ello lleva a excluirlas del régimen específico de la responsabilidad aquiliana y, por ende, del régimen propio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento de los servicios públicos (STS de 7 de diciembre de 1999)".

TERCERO.- En el presente caso, no cuestionamos la realidad de los daños invocados por la entidad recurrente, pues como queda acreditado tanto en el expediente administrativo como de las pruebas practicadas en el presente recurso, dichos daños se han producido. La cuestión que se plantea es determinar si la vía de responsabilidad patrimonial es el cauce adecuado para hacer efectiva la pretensión de indemnización por el importe de los mismos.

No cabe duda de que, las circunstancias sobre las que la entidad recurrente sustenta la reclamación, se producen una vez entablada la relación contractual del servicio de limpieza, en cuya ejecución la entidad toma conciencia de los litigios judiciales, asumiendo las consecuencias de ellos derivadas, es decir, que los hechos que originan los daños reclamados se producen durante la relación contractual, lo que, en un primer momento, incide en el coste de la prestación de los servicios asumidos por la entidad en el contrato administrativo, según las cláusulas particulares y condiciones técnicas.

La entidad considera que la Administración ha vulnerado el deber de información, vulnerando el art. 120, de rúbrica "Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo", del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según el cual:

"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 estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

Este precepto, está incardinado en el TÍTULO I, "Preparación de contratos por las Administraciones Públicas", CAPÍTULO I, "Normas generales", Sección 2.ª "Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas".
(...).

Por ello, no es adecuada la vía de la responsabilidad patrimonial, responsabilidad extracontractual, por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que queda desplazada por las normas especiales, reguladoras de los contratos del sector público, pues, en definitiva, lo que la entidad recurrente pretende es repercutir al Ministerio de Defensa la incidencia de los gastos derivados de los hechos denunciados en los costes previstos a la hora de contratar y que le han supuesto una merma en los beneficios, inicialmente, previstos.

Así las cosas, procede la desestimación del recurso, sin necesidad de abordar los demás argumentos expuestos en la demanda".

Esta postura ha sido acogida por otras muchas sentencias como la del TSJ de Madrid de 4 de Julio de 2017, dictada en el recurso nº 497/2016.

En definitiva existiendo una "relación contractual", de cuya ejecución la entidad recurrente hace derivar la reclamación patrimonial por daños, la vía de la responsabilidad patrimonial no es la adecuada a tal fin, sino que los mecanismos correctores que hacen viables la corrección de los desajustes o del equilibrio en las prestaciones y obligaciones de las partes contratantes, son los previstos por la normativa administrativa, reguladora de los contratos administrativos, esto es, la acción para reclamar responsabilidad e indemnización a la Administración por los daños causados por incumplimiento del deber de información establecido en el art 120 del TRLCSP es de carácter contractual y no extracontractual, por ello, la presente reclamación no puede hacerse por la vía de la responsabilidad patrimonial, que sólo es viable en los supuestos de responsabilidad extracontractual o aquiliana. A ello no es obstáculo el que se imputen a la Administración, como generadores de responsabilidad, actos realizados con anterioridad a la firma del contrato, por cuanto que no solo los daños reclamados se producen durante la vigencia del contrato sino que también la supuesta falta de información tiene lugar en una de las fases de desarrollo de la contratación administrativa, la de "preparación de los contratos", y la conducta imputada a la Administración como incumplimiento, por falta de información de la situación real del contrato y en especial de los aspectos relativos a la anterior concesionaria del servicio tiene lugar dentro del desarrollo de las fases de la contratación.

TERCERO.- Determinada la naturaleza de la acción ejercitada debemos concretar el contenido de la misma que según resulta de la demanda y del recurso

de apelación, es que, en tesis de la apelante, el Ayuntamiento de Zamora debe indemnizar a la empresa apelante con las cantidades que se ha visto obligada a abonar en virtud de tres sentencias de los Juzgados de lo Social de Zamora dictadas el día 15-9-2010, que asciende a 70.519,30 euros, y de una resolución de la TGSS que asciende a 157.136,98 euros.

En este sentido expone la apelante que ha sido declarada responsable solidaria del pago de las nóminas del mes de febrero de 2013 de los trabajadores de la anterior concesionaria del servicio de transporte, y de las deudas por impago de las cotizaciones a la Seguridad Social, y que de dichas cantidades debe responder la Administración por la defectuosa información ofrecida en los pliegos que rigen el contrato suscrito con el Ayuntamiento de Zamora el 21-2-2013, y que dio lugar a que no valorara adecuadamente los costes laborales derivados de la adjudicación del contrato.

Para analizar esta pretensión debemos partir de que la normativa de contratación pública reflejada en el artículo 120 del TRLCSP (aplicable por razones temporales al contrato litigioso) establece la obligación del órgano de contratación de proporcionar información a los potenciales licitadores sobre la subrogación del personal, previa petición de los datos de los trabajadores afectados y de sus condiciones laborales al contratista saliente. Literalmente el precepto dice:

"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 estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste".

Los elementos esenciales que definen el contenido de este precepto pueden resumirse en los siguientes: (i) existe una obligación de información sobre las relaciones laborales cuando exista una obligación de subrogación del personal del contratista saliente en el entrante; (ii) esa obligación de información compete en exclusiva al órgano de contratación; y (iii) la información que debe proporcionarse a los licitadores debe ser la necesaria para «permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida».

En el presente supuesto la apelante achaca a la Administración que la información facilitada fue insuficiente pues no se puso en su conocimiento la existencia de embargos acordados por la TGSS, respecto de las cantidades que el Ayuntamiento adeudaba a la anterior concesionaria, derivados de deudas por cuotas a la Seguridad Social de la empresa [REDACTED], ni la existencia de deudas de la anterior concesionaria con los trabajadores. Por esta falta de información el apelante considera responsable al

Ayuntamiento de los costes que ha tenido que asumir en virtud de las reclamaciones realizadas por los trabajadores y el acuerdo de derivación de responsabilidad dictado por la TGSS.

CUARTO.- Como hemos visto en la sentencia de instancia se rechaza que haya existido una defectuosa información considerado que con la facilitada a la empresa y contenida en el Anexo VI del Pliego, se ha cumplido con la obligación impuesta por el art. 120 de la Ley de contratos.

Y esta conclusión de la sentencia de instancia, como anticipamos, debe ser confirmada por los motivos que se exponen a continuación.

.en primer lugar observamos una desconexión entre los sobre costes que la apelante se ha visto obligada a afrontar y el deber de información que reclama. En efecto los pagos que la actora ha realizado son debidos a los salarios de los trabajadores impagados por la anterior concesionaria en febrero de 2013, y a la deuda que esta empresa mantenía con la Seguridad Social por las cotizaciones de los meses de abril, mayo y junio de 2012 y enero, febrero y marzo de 2013, es decir se trata de deudas la mayoría de ellas posteriores a la elaboración de los Pliegos (el inicio de la licitación tuvo lugar el 20 de Julio de 2012, según se refleja en la sentencia); y son deudas respecto de las que ni se alega ni se prueba que el Ayuntamiento tuviera conocimiento.

. en segundo lugar, aunque es cierto que al Ayuntamiento habían llegado notificaciones de embargos a la empresa por parte de la Seguridad Social también lo es que las deudas origen de estos embargos fueron abonadas por AURZA, anterior concesionaria del servicio (aunque fuera mediante retenciones realizadas por el Ayuntamiento de las cantidades que debía abonar en virtud del contrato de concesión), y no por la recurrente. Además, las deudas de las que derivaron estos embargos son anteriores a la adjudicación del contrato y cuando este se celebró no había constancia de más deudas ya que con fecha 3 de enero de 2013 consta un certificado de la Seguridad Social de inexistencia de reclamación por deudas ya vencidas con el anterior concesionario. Por lo tanto, estos embargos corresponden a deudas que la apelante no ha abonado.

. en tercer lugar, parece que lo que se imputa al Ayuntamiento es no haber incluido en el pliego que la anterior empresa tenía problemas de pagos a sus trabajadores -que incluso habían anunciado una huelga-, pero ello es algo que no es exigido por el art. 120. La situación de conflictividad laboral era públicamente conocida, como se dice en la sentencia y no se cuestiona en la apelación.

.el recurrente no está imputando a los pliegos una incorrecta información (que hubiera más trabajadores que los detallados, que tuvieran más antigüedad, que tuvieran reconocidas mayores retribuciones...etc.) sino que lo que está imputando es que no incluyo determinada información en los pliegos, información que parece referirse a los embargos que hemos indicado anteriormente y al hecho de haber abonado el Ayuntamiento el canon de la concesión a entidades financiera a quienes [REDACTED] había cedido el crédito. Por ello carece de relevancia el que el Ayuntamiento

no actualizara la información que [REDACTED] le había facilitado ya que las cantidades que se reclaman no derivan de esta falta de actualización.

Y como ya dijimos antes los aludidos embargos no han afectado a la empresa apelante, no ha tenido que hacer frente a ellos, por lo que su conocimiento no habría modificado su oferta. Tampoco se justifica en qué medida hubiera modificado su oferta económica el hecho de conocer que el pago del canon se realizaba por el Ayuntamiento a empresas a las que se había cedido el crédito.

. la finalidad del art. 120 es que los licitadores puedan tener en cuenta todos los costes asociados a la prestación del servicio y hacer así una oferta conociendo de antemano todas las obligaciones económicas que deberá asumir de resultar adjudicatario. Por lo que el deber que se impone a la Administración comprende el que esta deba realizar cuantas actuaciones sean precisas para verificar que la información que el contratista saliente le transmita es completa y veraz. Ahora bien, lo que el órgano de contratación no puede facilitar es una información sobre unas deudas que no conoce por que aún no se han producido, ni tampoco le es exigible el concretar en los pliegos en modo en el que la anterior concesionaria ha cumplido sus obligaciones.

Debe tenerse presente que la obligación de subrogación y su alcance no surge de los pliegos sino de la normativa legal o convencional aplicable (STS de 23 de enero de 2017) y por lo tanto su extensión también vendrá determinada por esta. Y en concreto, en el presente supuesto la subrogación en los contratos estaba prevista en el Art. 27 del Convenio Colectivo provincial del sector de transporte de viajeros por carretera de Zamora para los años 2008-2011 (posteriormente reproducido en el art. 26 del Convenio para los años 2012-2015), y que dispone *"Cláusula de subrogación.—En el servicio de transporte regular urbano o interurbano, cuando por cualquier causa las empresas concesionarias del servicio dejasen de prestar el mismo y existiese continuador de la actividad, los trabajadores que en el momento del cambio de concesionario estuvieren prestando servicios en el transporte regular urbano o interurbano pasarán automáticamente por subrogación al nuevo concesionario del transporte con todos sus derechos y antigüedad. La empresa saliente estará obligada a entregar a la empresa entrante copia de los contratos de trabajo de todos los trabajadores así como copia de las tres últimas nóminas y de los TC-2 de los tres últimos meses. La falta de entrega de la referida documentación a la empresa entrante en ningún caso afectará a la subrogación que es automática ni a los derechos de los trabajadores y dejará a salvo las acciones que pudieran corresponder a la empresa perjudicada"*.

Por lo tanto, si el apelante concurrió sin conocer cuál era el coste laboral real y efectivo de la plantilla en la que tendría que subrogarse, no fue por que el Ayuntamiento incumpliera su deber de información.

En definitiva, no hay constancia de que el Ayuntamiento conociera, a la fecha de elaboración de los pliegos, la existencia de las deudas que finalmente ha venido a abonar la empresa apelante, ni tampoco que omitiera en estos algún dato que fuera relevante para la formulación de las ofertas pues los embargos de que había tenido

conocimiento el Ayuntamiento estaban levantados y el pago a terceros del canon no tienen por qué implicar problemas de liquidez en la empresa

Por todo lo expuesto concluimos que el Ayuntamiento de Zamora no ha vulnerado, sino que ha cumplimentado el deber de información a los licitadores impuesto en el art 120 del TRLCSP.

En efecto, en el caso presente a los folios 69 y ss del expediente administrativo figuran los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir el contrato en que figuran la identificación del personal de las plantillas que presta servicio, con su antigüedad, categoría, modalidad de jornada, horas anuales y diarias trabajadas, salario base, plus convenio semanal... (anexo VI). El Ayuntamiento de Zamora queda desvinculado a todos los efectos de cualquier relación laboral con el personal de la entidad adjudicataria, el cual dependerá únicamente del contratista quien asumirá la condición de empresario con todos los derechos y obligaciones respecto a dicho personal.

La normativa no prevé ni obliga a la Administración a facilitar ninguna otra clase de información para que los licitadores calculen los costes laborales que se derivan la subrogación de los trabajadores.

QUINTO. - Se impugna también la sentencia por la empresa SEMURA BUS alegando una errónea valoración de la prueba practicada en autos que le lleva a la Juzgadora "a quo", a no fijar como acreditados hechos relevantes que si lo están.

Este motivo del recurso también debe ser desestimado ya que la mayoría de los hechos que se dicen acreditados y que no constan como tales en la sentencia apelada, se refieren a valoraciones jurídicas o a cuestiones que, en definitiva, son irrelevantes para la resolución del recurso.

Así la sentencia apelada no puede considerar acreditado que el Ayuntamiento no dio cumplimiento leal y responsable al art. 120 del TRLCSP, como se reclama en la apelación, ya que es cuestión jurídica, no fáctica, y respecto de la que la sentencia concluye, y esta Sala comparte, que no se ha producido.

Tampoco es una cuestión fáctica si [REDACTED] acudió o no a la licitación sin conocer cuáles eran costes laborales reales y efectivos de la plantilla, y, en todo caso, lo relevante para el litigio no es ese alegado desconocimiento sino si el Ayuntamiento es responsable del mismo por incumplimiento de su deber de información previsto en el art. 120.

En cuanto a que la sentencia no recoge que el Ayuntamiento no desistió de la licitación se trata de una cuestión evidente pues el contrato se adjudicó a la apelante, y si debió o no desistir de esta se trata de una cuestión jurídica y no fáctica.

Se alega que no es cierto que el apelante pudiera solicitar al Ayuntamiento información adicional a la que figuraba en los pliegos antes de acudir a la licitación,

ya que el Ayuntamiento no disponía de información actualizada y la actora confiaba en que la proporcionada era correcta, cuestión que no viene sino a corroborar que el Ayuntamiento proporcionó la información que tenía y con la que daba cumplimiento al art. 120.

Se dice en el recurso de apelación que no es cierto que los costes laborales no hayan aumentado respecto de lo previsto en el pliego, y que buena prueba de ello es la reclamación actora, pero precisamente la cuestión a resolver es si la Administración debe responder de estas cantidades abonadas por la apelante a los trabajadores, no si el pago se ha efectuado, cuestión que nadie discute.

En este mismo apartado del recurso se sostiene que en ningún caso el Juzgado de lo Social sentenció que el Ayuntamiento no tenga responsabilidad frente a [REDACTED] por las condiciones en las que preparo y desarrollo la licitación, y que es un hecho objetivo que porque el Juzgado de lo Social eximiera de responsabilidad al Ayuntamiento frente a los trabajadores, no se le exime de responsabilidad contractual ante la apelante, añadiendo posteriormente, en el apartado cuarto del recurso, que la sentencia apelada comete un error al considerar que la estimación de la demanda de [REDACTED] supondría modificar un pronunciamiento firme de los Juzgados de lo Social.

Respecto de esta cuestión en la sentencia apelada leemos "...A mayor abundamiento cabría señalar que, haciendo nuestros los argumentos esgrimidos por la Administración demandada, no parece que sea viable que utilizando la vía contencioso-administrativa sea posible modificar un pronunciamiento de otro orden jurisdiccional, que es lo que en el fondo pretende la recurrente..."

Consideramos que en este punto asiste razón a la parte apelante pues es cierto que el hecho de que el Ayuntamiento haya sido absuelto de la reclamación salarial presentada por los trabajadores de [REDACTED] frente a [REDACTED] y el Ayuntamiento, no impide, dada la distinta naturaleza jurídica de la acción ejercitada, que el Ayuntamiento pueda ser responsable de estas cantidades frente a la concesionaria del servicio en virtud de las obligaciones contractuales, pero ello es insuficiente para la estimación del recurso de apelación, ya que la razón de decidir de la sentencia apelada no es esta, únicamente indicada a mayor abundamiento, sino estimar que el Ayuntamiento no ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Se finaliza este apartado de los hechos de la sentencia apelada y denuncia de errónea valoración de la prueba indicando que el hecho quinto de la misma está incompleto.

En este hecho quinto la sentencia de instancia declara "Que en el momento de la reclamación administrativa, la TGSS solamente había incoado el expediente de derivación de responsabilidad del art. 44 ET a [REDACTED] en fecha 13 de octubre de 2015, sin que se dictar resolución definitiva hasta el día 25 de mayo de 2016, en la que se desestimaba el recurso de alzada frente a la derivación de responsabilidad solidaria de [REDACTED] por importe de 157.136'98 euros de fecha 2 de febrero de 2016 (folios 846 y sig. EA)..."

Es cierto, por tanto, que no se recoge que la cantidad reclamada por la TGSS a la apelante ha sido pagada por esta, pero ello no modifica el contenido de la sentencia al no tener relación con la razón expuesta para desestimar la pretensión actora.

SEXTO.- En el recurso de apelación se achaca a la sentencia de falta de motivación sosteniendo que *"es una opinión particular del Juzgador a quo y que resulta disconforme a derecho"*, y ello por contradecir el criterio de otra sentencia anterior del propio Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Zamora, la nº 301/2015, o de distintos Tribunales Superiores de Justicia como el TSJ de Canarias –Sede de Las Palmas de Gran Canaria- en la sentencia nº 323/2009 de 11 de diciembre, y del TSJ de Extremadura en la sentencia nº 30/2015 de 19 de febrero.

Motivo de apelación que no puede ser acogido ya que no podemos decir que la sentencia carezca de motivación pues, tal y como se ha expuesto más arriba, expone con claridad las razones que dan lugar a la desestimación de la demanda y que, podemos resumir, en estimar que el Ayuntamiento de Zamora en la licitación objeto de autos no ha incumplido el art. 120 del RDL 3/2001, al haber puesto en conocimiento de los licitadores la información a la que venía obligado en virtud de dicho precepto. Por lo tanto, aunque el apelante discrepe de la motivación de la resolución judicial no por ello esta carente de ella ni puede admitirse que sea una mera opinión personal.

Se denuncia la inaplicación de determinada doctrina jurisprudencial contenida en alguna sentencias pero lo cierto es que dichas resolución no resuelven supuestos iguales al presente ya que en ellas se analizan las consecuencias de omitir o informar de modo incorrecto el importe de determinados datos referentes a los costes laborales que la Administración estaba obligada a comunicar en la elaboración de los pliegos, así en las sentencias citadas en el recurso se resuelven supuestos en los que el salario era mayor que el informado, o la antigüedad, o el número de trabajadores etc... Sin embargo, en el presente supuesto no se ha probado que la información facilitada en los pliegos fuera errónea o incorrecta, y desde luego no se reclaman sobrecostes resultantes de un mayor importe de los datos proporcionados. En el presente supuesto los sobrecostes reclamados han resultado de deudas pendientes de la anterior concesionaria, y lo que es objeto de debate es si el Ayuntamiento conocía o no estas deudas y si estaba, en caso de ser así, obligada a comunicarlas en los pliegos.

Finalmente, se alega que la sentencia no valora adecuadamente la falta de prueba de la documental propuesta y no admitida y la obligación del Ayuntamiento de vigilar el destino del canon abonado a la anterior concesionaria. Estos motivos de impugnación también deben ser desestimados ya que, en cuanto al primero, el apelante no justifica que la falta de la prueba denunciada le haya causado indefensión alguna, es más, ni tan siquiera concreta que pretendía acreditar con dicha prueba. Además, el hecho de que el recurso contencioso-administrativo fuera recibido a prueba en nada afecta a una posible indefensión producida en el procedimiento administrativo, si es que la hubo, y el que la resolución administrativa

impugnada reprochara a [REDACTED] que no había acreditado el pago de los sobrecostes, es irrelevante si dicho reproche no se realiza en la vía contencioso-administrativa en la que ya no se discute la existencia del pago.

Y en cuanto a la falta de vigilancia del destino del canon, como causa y origen de los sobrecostes que la apelante se ha visto obligada a soportar, además de no resultar acreditada la relación causal invocada, se trata de una cuestión ajena a la reclamación contractual presentada y objeto de este recurso.

SÉPTIMO. - Se impugna también el pronunciamiento relativo a la imposición de costas a la parte actora realizado en la sentencia de instancia por la desestimación de la demanda.

La sentencia de instancia, al desestimar la demanda, impone la costa a la parte actora limitando estas a 1.000 euros.

En cuanto a las costas de primera instancia el apelante pone en tela de juicio la condena en costas impuesta por el Juzgado "a quo" bajo el principio del vencimiento, con supuesta infracción del artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, lo que razona indicando que [REDACTED] emprendió acciones judiciales de manera fundada y con una confianza razonable en que las mismas llegaran a prosperar.

El art. 139 LJCA, en la redacción incorporada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal establece en materia de costas que: *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"*.

Sobre la procedencia de revocar en segunda instancia la condena en costas de la sentencia de instancia, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en relación a la nueva redacción del artículo 139, apartado 1, de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, modificado por Ley 37/2001, de 10 de octubre, doctrina que referida al recurso de casación puede entenderse perfectamente de aplicación al recurso de apelación.

Las sentencias de la Sala Tercera de 25 de Octubre de 2016, recurso 1512/2015, 25 de octubre de 2016, recurso 2420/2015, (Sección Quinta), 6 de septiembre de 2016, recurso 1215/2015, 3 de diciembre de 2015 recurso de casación 2030/2014, de 18 de enero de 2016, recurso 1096/2014, entre otras, razonan: *"Establece el art. 139 LJCA, en la redacción incorporada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (art. 3.11), en materia de costas que: "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de*

las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad" ...El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 139 LJCA, se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

Esta previsión se configura como una facultad del juez, discrecional, aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.

Habrá que convenir que, la fórmula utilizada de "... serias dudas de hecho o de derecho", constituye un concepto jurídico indeterminado teñido de subjetividad que dificultará no sólo la razonabilidad de la no imposición de costas en virtud del criterio del vencimiento sino también las posibilidades de fiscalización en vía de recurso.

En efecto, la fórmula imperativa utilizada ("... impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones..."), parece indicar que la exigencia de razonamiento adicional ("... y así lo razone...") se reserva para la salvedad de que aprecie que "... el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho...", lo que determina que cuando la Sala de instancia aplique el criterio del vencimiento objetivo, sin hacer uso de la aplicación de la excepción, no necesitará motivar o razonar la imposición de las costas, lo que impediría que, por parte, de este Tribunal se pudiera controlar la decisión de la Sala de instancia, decisión cuyo motivación no tiene porqué exteriorizarse. Sostener la tesis contraria, la posibilidad de controlar estos supuestos de aplicación de la regla general en materia de imposición de costas, sería tanto como sustituir la apreciación subjetiva del órgano de instancia, de forma tal que, lo que el Tribunal superior viene a concluir es que el inferior "debió tener dudas".

En este sentido, es pacífico el criterio en la jurisprudencia de este Tribunal, sobre la exigencia de motivar la decisión sobre la imposición o no de las costas cuando el órgano jurisdiccional no proyecta al caso enjuiciado la regla general....Este Sala, además, tiene dicho que la expresión «serias dudas» demanda una aplicación restrictiva, pues las discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho han de revestir una entidad tal que justifique la excepción (ATS 5 de junio de 2012, rec. 258/2012).

En el presente supuesto la sentencia recurrida hace un pronunciamiento condenatorio en costas basado exclusivamente en el principio de vencimiento legal, y, en el recurso de apelación, aunque se manifiesta que la demanda no se interpuso temerariamente, ello no es valorable a estos efectos, por lo que debemos concluir, desestimando también este motivo de apelación ya que ni la resolución procesal impugnada hace un juicio valorativo de la condena en costas que contiene ni la parte recurrente razona los motivos por los que el Juzgado "a quo" no debió aplicar la

norma general del vencimiento objetivo que es la rige en la actualidad en el proceso contencioso-administrativo.

Finalmente, en cuanto a las costas de esta apelación, al ser desestimado, en aplicación del art. 139.1 y 2 de la LRJCA, procede imponer las costas de esta instancia a la parte apelante.

En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010, en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 700 euros.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación interpuesto por la mercantil [REDACTED] contra la sentencia nº 83/2018 del Juzgado de lo Contencioso administrativo número 1 de Zamora, de fecha 26 de marzo, dictada en el procedimiento ordinario número 303/2016. Con imposición de las costas a la parte apelante con el límite fijado en el fundamento de derecho tercero. Debiendo estarse a lo dispuesto en la sentencia apelada respecto a las costas de primera instancia.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación si concurren los requisitos exigidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Concuerta bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extendiendo y firmo la presente certificación.

En VALLADOLID, a veintidós de noviembre de dos mil dieciocho.

LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA