



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 ZAMORA

SENTENCIA: 00083/2018

Modelo: N11600
C/ EL RIEGO, Nº 5

Equipo/usuario: MST

N.I.G: 49275 45 3 2016 0000384
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000303 /2016 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D/D*: [REDACTED]
Abogado:
Procurador D./D*: [REDACTED]
Contra D./D* AYUNTAMIENTO DE ZAMORA
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./D*

SENTENCIA Nº 83

En Zamora a 26 de marzo de 2018

Visto por mí, Celia Aparicio Mínguez (Magistrado Juez del Juzgado Contencioso Administrativo número uno de los Zamora y su partido) el presente **Procedimiento Ordinario 303/2016** en el que han sido partes, como demandante [REDACTED] (representado por el procurador [REDACTED] y asistido del letrado [REDACTED]) y como demandada el AYUNTAMIENTO DE ZAMORA (representado y asistido del letrado municipal [REDACTED]), siendo la cuantía del procedimiento 227.656'28 euros, procede dictar la presente Sentencia sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el citado demandante se interpuso recurso contencioso que fue admitido a trámite y, tras reclamarse el expediente administrativo, la actora formuló demanda sobre la base de los hechos que alegaba, y respecto de los que invocó los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminando con la solicitud de que se admitiera la demanda y se dictase sentencia en la que, estimando el recurso en todas sus partes, se anulara la resolución impugnada.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, quien no presentó contestación a la demanda en tiempo y forma.

Tercero.- Practicadas las pruebas que fueron admitidas y tras las respectivas conclusiones por escrito que obran en las actuaciones, los autos quedaron conclusos de sentencia.

Cuarto.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del procedimiento el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de octubre de 2016 que desestima la reclamación efectuada por ██████████ 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 ██████████ 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 ██████████ entre abril de 2012 y marzo de 2013.

Entiende el recurrente que la resolución recurrida no se ajusta a derecho y que debe ser revocada, reconociéndose el pago de las cantidades reclamadas como sobrecostes del contrato y como restablecimiento del reequilibrio económicos en base a las siguientes circunstancias:

- Que la relación que une a las partes no es de naturaleza extracontractual sino contractual en base al contrato firmado el día 21 de febrero de 2013 y que lo que está reclamando es un defecto de información en los pliegos del contrato al amparo del art. 120 TRLCSP. Por lo tanto la alegación de que la reclamación es extracontractual que se realiza en la resolución recurrida (infringiendo el dictamen del Consejo Consultivo y desentendiéndose de lo manifestado en ella) y que incluso inadmite parte de la reclamación por prescripción le causa indefensión e incurriendo en arbitrariedad y falta de motivación en el cambio de criterio de la calificación jurídica de la reclamación que le ha ocasionado indefensión.
- Que el incumplimiento que se achaca a la Administración dentro del contrato firmado y que es la causa de la indemnización/sobre-coste como consecuencia de la condena social efectuada a ██████████ se centra en la infracción del deber de haber informado a la nueva concesionaria en los pliegos de la situación deudora de la anterior concesionaria a los efectos de poder realizar una oferta económicamente viable, por lo que es la Administración la que debe de soportar dichos sobrecostes (tanto por la condena social como por el expediente de derivación de responsabilidad solidaria ante la seguridad social).
- Indefensión originada a la recurrente por el cambio de criterio en la resolución de la reclamación, falta de audiencia ante tal cambio de criterio y por la denegación de prueba durante el expediente, siendo este vicio de nulidad de pleno derecho.
- En cualquier caso, aun cuando se tratara de una responsabilidad de naturaleza extracontractual, no hay prescripción del derecho a reclamar al Ayuntamiento la

indemnización por el sobre-coste puesto que la condena social a la recurrente es del año 2014 y la reclamación al Ayuntamiento es de enero de 2016. Que al amparo del art. 1101 CC la Administración también tiene un deber de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que la ejecución del contrato le haya ocasionado y que no tenga la obligación de soportar y que en todo caso la fecha del *dies a quo* de la prescripción sería la terminación de la prestación de los servicios, por lo que no habrían transcurrido el plazo de los 4 años fijados en el art. 25 LGP para la reclamación de estas cantidades.

- Defectuosa motivación (o incongruencia omisiva) al no pronunciarse sobre los sobre costes derivados de la imputación de responsabilidad por la TGSS por el impago de ██████ de los seguros sociales de sus trabajadores.

- Obligación del Ayuntamiento de responder de los daños irrogados a la recurrente dentro de la ejecución del contrato firmado y prestado, ya que en el momento de la redacción de los pliegos conocía la situación deudora de ██████ y por el no seguimiento del destino del canon una vez abonado; sin que estos conceptos puedan entrar dentro de la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista (art. 215 TRLCSP), al haberse roto el equilibrio económico-financiero del contrato y vulneración del principio de lealtad contractual.

- Enriquecimiento injustificado del Ayuntamiento como consecuencia de la ruptura del equilibrio del contrato y consiguiente empobrecimiento de la mercantil recurrente (por el aumento de costes y gastos de personal de forma sobrevenida).

- Vulneración de los pliegos por incumplimiento de los costes de personal recogidos en los mismos como ley fundamental del contrato según el art. 115 TRLCSP y el art. 1091 CC.

- Vulneración de la doctrina de los actos propios y del principio de confianza legítima a través de la elaboración de los pliegos que sirvieron de base para concurrir a la licitación y formular y oferta, expectativa de la recurrente que se ha quebrado con la ruptura del equilibrio económico del contrato y cambiando la Administración de criterio.

- Obligación del Ayuntamiento de abonar los sobre costes soportados por el pago de los salarios y los seguros sociales a la TGSS impagados por ██████ más los intereses legales y los de demora procesal.

Segundo.- La Administración demandada solicita la desestimación íntegra de la demanda y la confirmación de la resolución recurrida en base a los siguientes argumentos:

- Que la obligación de ██████ de abonar los salarios de los trabajadores y el pago de los seguros sociales devengados y no abonados por ██████ deviene exclusivamente de la legislación laboral y de los convenios colectivos aplicables, por lo que no se puede trasladar esta obligación al Ayuntamiento, máxime cuando éste ya fue absuelto en vía social y ante la TGSS, pretendiendo el recurrente obtener en fraude de ley en una jurisdicción lo que no consiguió en la social.

- Que existen dos motivos de desestimación en la demanda (tanto por la vía contractual como la extrancontractual), estando ambas perfectamente motivadas y no habiendo causado

indefensión al recurrente ya que se han seguido todos los trámites legales; y ello porque la argumentación jurídica de la reclamación y de la demanda lo es tanto por la vía contractual (en base al contrato firmado y el pliego) como por la vía extracontractual cuando reclama como enriquecimiento sin causa, estando motivada dicha resolución en los informes del expediente a los que tuvo oportuno acceso y conocimiento el recurrente.

- Que no es preciso el trámite de audiencia posterior a la propuesta de resolución puesto que se trata de una opinión jurídica y no añade hechos nuevos o diferentes a los que ya constan en el expediente.

- Que se solicitó el informe del Consejo Consultivo aun cuando no era obligatorio en la reclamación contractual y que el mismo no sólo no es vinculante sino que no supone una presunción iuris et de iure.

- Que la prescripción de la acción se refiere a la reclamación relativa a los costes derivados de las sentencias judiciales (del año 2014 y reclamación en el año 2016), tratándose de cantidades incluidas en la legislación laboral y en el convenio colectivo del sector que no afectan al Ayuntamiento.

- Que el daño reclamado no es antijurídico puesto que no proviene de los pliegos, habiendo cumplido el ayuntamiento con todos los requisitos de información del art. 120 TRLCSP, sino que deriva de la legislación laboral y por la derivación de responsabilidad del art. 44 ET, normativa además que no prevé la responsabilidad subsidiaria (STSJ de Castilla y León, sala de Valladolid, de 19 de mayo de 2015).

- Que ██████ no recurrió en suplicación las condenas dictadas en la jurisdicción social, pretendiendo modificar ahora en la jurisdicción contenciosa una situación dejada firme y consentida de manera voluntaria.

- Que previamente a la redacción de los pliegos y la firma del contrato el Ayuntamiento instó certificaciones a la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria, siendo estas certificaciones negativas de deudas de ██████.

- Que ██████ está en concurso de acreedores y que, tratándose de créditos de naturaleza laboral, ██████ debe personarse en tal concurso para obtener la satisfacción de su crédito (tratándose la condena en vía social de una condena solidaria) o incluso posibles compensaciones por el valor de los vehículos entregados.

- Que la recurrente no recurrió en su momento los pliegos e incluso sostuvo su legalidad en otro procedimiento contencioso-administrativo instado por ██████, por lo que sostener ahora que el pliego no es correcto supone ir en contra de sus propios actos.

- Que la responsabilidad del ayuntamiento no puede ir hasta tal punto de controlar en qué usaba ██████ el pago del canon, siendo en todo caso ajeno al Ayuntamiento las relaciones laborales entre la primera concesionaria y sus trabajadores.

Tercero.- En primer lugar es preciso analizar qué acción es la que se ha ejercitado por la mercantil recurrente y cuál es su origen, ello para poder determinar si la tramitación del

expediente administrativo le ha originado o no indefensión por habersele privado de trámites esenciales de alegaciones y audiencia, y ello haciendo una abstracción de la argumentación jurídica de la demanda dada no sólo su extensión sino también la diversidad de las instituciones jurídicas que dice vulneradas por la Administración para sostener la legalidad de su reclamación y que, anticipando, se pueden resumir en dos: infracción del art. 120 TRLCSP e infracción del deber de restablecimiento económico del contrato por causas sobrevenidas a la firma del contrato que ha supuesto un enriquecimiento injusto de la Administración.

Así del expediente administrativo aportado se puede concluir que la tramitación del expediente y la desestimación de la reclamación (diferenciando por un lado las cantidades abonadas por la recurrente como consecuencia de la sentencia del Juzgado de lo Social de 16 de septiembre de 2014 y por otro lados haciendo referencia a las cantidades objeto de derivación de responsabilidad de deuda con la Seguridad Social vía art. 44 EET), no ha conculcado ningún derecho del recurrente al procedimiento debido que se recogía en el art. 35 Ley 30/92 (actualmente en el art. 13 Ley 39/15). Tenemos que presentada la reclamación el día 21 de enero de 2016 (folios 660 a 741 EA), se incoa en virtud de Decreto de 4 de marzo de 2016 (folio 743 EA) y se emite un primer informe por la Técnico de Administración General del Servicio de Contratación (folios 744 y sig EA) sobre la situación del contrato firmado, los pliegos y la normativa legal aplicable (art. 120 TRLCSP). Se emite un nuevo informe tras las alegaciones complementarias (folios 749 y sig. EA) por el Interventor (folios 782 y 783 EA) en el que se aborda la reclamación del recurrente desde el punto de vista contractual y extracontractual. Todos estos informes se remiten al ahora recurrente para que formule alegaciones (folios 826 y sig. EA), contestando a los 3 informes que se han expuesto en apartados diferenciados y por separado y reiterando la solicitud de práctica de prueba documental (consistente en la incorporación de la querrela presentada por el Ayuntamiento contra AURZA, los escritos de defensa de ésta y el informe de fiscalía; la autorización del Ayuntamiento de cesión a terceros del derecho del cobro del canon) y la identificación del personal del Ayuntamiento que permitió el pago del canon de la concesión a [REDACTED]. Posteriormente se dicta la propuesta de resolución (folios 856 y sig. EA) que se remite al Consejo Consultivo quien emite su dictamen en fecha 22 de septiembre de 2016, dictándose el día 27 de octubre de 2016 la resolución aquí recurrida, tras la emisión de un último informe el día 13 de octubre de 2016 a la vista de la resolución del Consejo Consultivo de Castilla y León (folio 901 EA).

Ya se trate de una reclamación extracontractual ya se trate de una reclamación incidental dentro del contrato, lo cierto es que la Administración ha seguido los trámites previstos legalmente. Si aplicamos, como pretende el recurrente el art. 97 RGC sobre la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, se señalan como trámites a realizar:

- 1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.*
- 2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.*

3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.

4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

Todos ellos constan en el expediente, como se ha expuesto en el párrafo anterior. Pero es más, si lo que se pretende es aplicar el procedimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el procedimiento previsto en los arts. 6 y sig. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (vigente hasta el 2 de octubre de 2016) y en el art. 84 Ley 30/92, también se han cumplido, puesto no dicen que haya que notificar la propuesta de resolución sino que dice que se resolverá y se notificará al interesado, máxime cuando no nos encontramos ante un procedimiento sancionador sino ante un incidente dentro de un contrato, con un procedimiento específico recogido en el art. 97 a pesar del cual solicita la aplicación del art. 84 Ley 30/92 (folio 753 EA).

Además en ninguna de estas dos normas se dice que la práctica de prueba sea obligatoria como parece entender el recurrente en aplicación del art. 35 y del art. 80.2 de la Ley 30/92. Este último precepto establece que *“cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes”* cuando en el presente caso no es que la Administración y la mercantil recurrente no es que no estén de acuerdo en cuanto a los hechos, sino que se discrepan de la interpretación que dichos hechos deben tener a los efectos del procedimiento de reclamación y cuando la prueba a aportar es meramente documental.

Debemos recordar lo que en multitud de ocasiones ha manifestado la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la prueba y su vulneración como derecho fundamental. Así en la STC 181/2009, de 23 de julio, FD 6, decía que:

“Según tenemos declarado, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental. En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser

decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional" (SSTC 94/2007, de 7 de mayo, FJ 3 ; y 23/2007, de 12 de febrero , FJ 6, entre otras)."

Ciertamente la Administración debió ser más diligente a la hora de denegar expresamente la prueba documental solicitada, aunque como ya hemos dicho en el procedimiento instado por el recurrente no hay realmente fase probatoria (aplicable supletoriamente el art. 84 Ley 30/92) ni una instrucción del procedimiento que valore dicha prueba de cara a la resolución del incidente, pero en todo caso la cuestión es meramente jurídica puesto que como se ha puesto de relieve del expediente y de la prueba practicada en este procedimiento lo que hay que determinar (y así lo ha reiterado en multitud de ocasiones el recurrente en su demanda) es si el Ayuntamiento ha cumplido con sus obligaciones del art. 120 TRLCSP (sin que sea aplicable el nuevo texto que a este precepto se le ha dado en la LCSP 9/17 puesto que es posterior en el tiempo no sólo a la reclamación efectuada sino a la propia subrogación que se realizó a principios del año 2013). Y decimos que es una cuestión meramente jurídica (a la que la denegación de "prueba documental" solicitada no le afecta) porque los hechos no son controvertidos:

- El 21 de febrero de 2013 se firmó el contrato (folios 284 y sig. EA) de "gestión del servicio público municipal de transporte urbano colectivo de viajeros en el término municipal de Zamora" entre ██████████ y el Ayuntamiento de Zamora por término de 10 años y que se modificó subjetivamente por transmisión de la rama de actividad de aquélla a la ahora recurrente en Acuerdo del Pleno de 2 de abril de 2013. Previamente a esta licitación (aprobada el día 20 de julio de 2012), ya se había declarado desierta el día 30 de enero de 2012 una licitación previa al no haberse presentado oferta alguna, habiendo estado vigente esta adjudicación desde 1959.

- Que la empresa ██████████ arrastraba problemas económicos previos de los cuales tuvo conocimiento el Ayuntamiento cuando menos el día 13 de junio de 2012 (anexo III de la demanda) cuando por parte de la Seguridad Social se notifica el embargo de 429.383'09 euros, que disminuyó a fecha 12 de julio de 2012 hasta los 304.338'96 euros y aumenta de nuevo en 222.195'04 euros el día 31 de julio de 2012, misma fecha en la que el Ayuntamiento sendos pagos a la Tesorería General de la Seguridad Social. Después se realizan diversos

endosos de las facturas hasta que el día 3 de enero de 2013 se presenta certificación de estar al corriente de pagos en la Seguridad Social por parte de ██████████.

- Las reclamaciones por deudas de ██████████ por salarios a sus trabajadores comienzan a llegar al Ayuntamiento en febrero de 2014, por salarios correspondientes al mes de febrero de 2013 y atrasos de convenio 2012/2013 (páginas 2 y sig. EA).

- Instados diversos procedimientos de carácter social/laboral de trabajadores de ██████████ contra ésta, ██████████, el Ayuntamiento de Zamora, el ██████████ y ██████████ se dictan sentencias (folios 685 y sig. EA) el 14 de septiembre de 2014 de condena solidaria contra las empresas ██████████ y ██████████ por atrasos de salarios y de diferencias salariales desde 2009 (Juzgado de lo Social núm. 1 de Zamora PO 151/14, 138/14, 164/14...) en las que expresamente se absuelve al Ayuntamiento de Zamora de las pretensiones deducidas en su contra y ello porque se admite la falta de legitimación pasiva en relación con las acciones ejercitadas "pues ni con respecto a dicha administración puede entenderse operante la cláusula de subrogación de trabajadores ni podía entenderse transmisión patrimonial que justificara la aplicación del art. 44 ET, máxime cuando no ha existido momento alguno la asunción del servicio por el titular, pasando de una a otra empresa adjudicataria sin solución de continuidad, ni tampoco en el pliego de condiciones del contrato de adjudicación existe cláusula alguna de la que pueda resultar responsabilidad del Ayuntamiento en caso de impago de salarios por la empresa adjudicataria".

- Que en el momento de la reclamación administrativa, la TGSS solamente había incoado el expediente de derivación de responsabilidad del art. 44 ET a ██████████ 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 ██████████ por importe de 157.136'98 euros de fecha 2 de febrero de 2016 (folios 846 y sig. EA).

Cuarto.- ARBITRARIEDAD Y FALTA DE MOTIVACIÓN

Así, es cierto que al amparo de lo establecido en el artículo 54 Ley 30/92 y actualmente en el art. 35 Ley 39/15, como la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS de 27 y 31 de Enero, 2 de Febrero, 12 de Abril y 21 de Junio de 2000, 20 y 29 de Mayo de 2001 entre otras) y la del propio Tribunal Constitucional (por todas STC de 17 de Julio de 1981 y 16 de Junio de 1982) se ha reiterado hasta la saciedad que la motivación consiste en una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, brevedad que, sin embargo no hay que confundir con cualquier formalismo, sino que debe ser suficiente para dar razón plena del proceso lógico y jurídico del acto en cuestión, sin que sean suficientes falsas motivaciones, fórmulas passe-partout o comodines que valen para cualquier supuesto y que nada o muy poco justifican o explican sobre la decisión del acto en que se insertan. En concreto el Tribunal supremo, valorando la incidencia de la falta de motivación sobre la validez del acto administrativo, aparte de señalar las diferencias formales exigidas a los actos administrativos

y a los judiciales sujetando éstos a condiciones más rigurosas (STS de 14 de Febrero de 1979), tiene establecido que si la motivación es obligada en los actos que limitan derechos con mayor razón lo es en los actos que lo extinguen (SSTS de 22 de Marzo, 9 de Junio de 1983 y 18 de diciembre de 1986 entre otras), siendo inválida la resolución que omite toda alusión a los hechos específicos determinantes de la decisión limitándose a la invocación de un precepto legal (STS de 29 de Noviembre de 1983). Y aún cuando el Tribunal Supremo entiende cumplido el requisito con la motivación in aliunde, (es decir, mediante la aceptación e incorporación al texto de la resolución de informes o dictámenes previos), ello lo condiciona a la circunstancia de que resulte evidente la causa jurídica tenida en cuenta por la Administración (SSTS de 14 de Febrero de 1979, 25 y 27 de Abril de 1983 y 14 de Octubre de 1985).

Así las cosas de la Resolución recurrida se desprende no que no haya motivación (que la hay y es cuando menos extensa) sino que el recurrente no está de acuerdo con la misma, con las conclusiones a las que llega la Administración para denegar la solicitud del recurrente respecto del incumplimiento del art. 120 TRLCSP como de la denegación de la petición de enriquecimiento injusto, ya sea vía extrancontractual ya sea contractual. Por lo tanto este motivo del recurso (que es un vicio de anulabilidad y que daría lugar a la retroacción de las actuaciones) debe ser desestimado.

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 ██████ 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 ██████ 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 ██████ 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 encontrarnos 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.

Sexto.- Efectivamente el art. 1101 CC prevé que queden *“sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*, por lo que si lo que se pretende es una indemnización por incumplimiento del Ayuntamiento tendremos que examinar cuáles eran sus obligaciones en el contrato como base de la indemnización:

- En el pliego de cláusulas se incluye el deber de subrogación de la empresa adjudicataria en los contratos de los trabajadores como impone el art. 27 del Convenio Colectivo de

Transporte de Viajeros por Carretera de la provincia de Zamora, haciéndose mención asimismo al deber de subrogación del art. 44 ET.

Al folio 341, en el PPT se señala que “el adjudicatario habrá de subrogarse en la posición mantenida por el adjudicatario cesante en las relaciones jurídicas de naturaleza laboral entabladas con sus trabajadores. Con la finalidad de que los licitadores presenten sus proposiciones dentro del procedimiento de licitación que este Pliego regula, se incorpora como Anexo la relación de trabajadores que se verán afectados, en su caso, por la subrogación” que obra al folio 352.

- No se recoge ni en el PCAP ni en el PPT obligación alguna del Ayuntamiento en relación con el control del pago del canon, ni de los endosos eximiéndose de responsabilidad al folio 321 EA que *“de cualquier responsabilidad por los incumplimientos del contratista en materia laboral, de seguridad social y de seguridad en el trabajo, repercutiendo al adjudicatario cualquier sanción que las administraciones competentes pudieran imponer al Ayuntamiento subsidiariamente como consecuencia de incumplimientos en la materia del personal afecto a este servicio...”*.

Los arts. 249 y 279 TRLCSP reconocen a la Administración contratante, con relación a las concesiones administrativas de obras y/o de servicios, la potestad de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, pudiendo inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación relacionada con el objeto de la concesión, conservando además los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio público que gestione el concesionario. El artículo 127 RSCL en el mismo sentido, dispone que la Administración local, con relación al concesionario, tiene la potestad de fiscalizar su gestión, pudiendo inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación.

El TRLCSP dispone, en el art. 52, que los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él. Las atribuciones que le correspondan al responsable del contrato deberán fijarse en los pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

Pero desde luego lo que no prevé ni el contrato en sus pliegos ni la norma es que la Administración contratante deba vigilar el destino del canon (como si de una subvención finalista se tratara). Por lo tanto a estos efectos no se puede decir que la administración haya incurrido en responsabilidad contractual ni extracontractual (puesto que estamos dentro de un contrato y por lo tanto no se puede aplicar esta vía), ni contractual del art. 1101 CC y preceptos concordantes del TRLCSP ni del art. 25 del pliego (folio 320 EA).

Y ello porque la Administración dispone con relación al concesionario de las potestades de dirección, de inspección y sancionadoras para asegurar el cumplimiento del servicio público en los términos del pliego, pero no para sustituir al concesionario en sus obligaciones laborales con los trabajadores.

Séptimo.- Centrado así el debate en los incumplimientos contractuales alegados, en cuanto al deber de información de la Administración en el pliego, el art. 120 TRLCSP 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”*.

Siendo así que en el caso presente a los folios ya señalados ut supra 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, los salarios y la obligación subrogación no podemos entender que exista el incumplimiento contractual reseñado. La normativa no prevé ni obliga a la Administración a facilitar ninguna otra clase de información ni sobre los embargos existentes por la TGSS (que además ya no estaban vigentes en el momento de la firma del contrato ni se comunicaron al Ayuntamiento más embargos desde el 31 de julio de 2012, siendo así que se acordó aprobar el expediente de contratación el 20 de julio de 2012), que la propia recurrente dice que era un hecho notorio que [REDACTED] estaba mal económicamente (con anuncios de huelga de trabajadores incluidos) –añadiendo que esto era por impagos del Ayuntamiento, que no es objeto del procedimiento– y que conocía su obligación de subrogación como empleadora en los derechos y obligaciones de la anterior adjudicataria ni existe un daño que sea consecuencia del funcionamiento del servicio público antijurídico sino ante un daño o perjuicio patrimonial que la recurrente contratista tenía la obligación de soportar a consecuencia de la condena impuesta por el juzgado de lo social dada la subrogación en las relaciones laborales que asumió.

En cuanto al art. 282.4 TRLCSP para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el precepto establece que *“La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley”.

La reciente STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 524/2017 de 25 Sep. 2017, Rec. 160/2017 decía que

“Sobre este precepto la STS 28 enero 2015 (Recurso: 449/2012 (Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN), hace varias consideraciones. Así señala que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TRLCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 TRLCSP de 14 de noviembre de 2011. La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 TRLCAP de 2000 y 215, 231 y 242 TRLCSP 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que se consideran extra muros del normal alea del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de ius variandi , factum principis , y fuerza mayor o riesgo imprevisible. Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TRLCAP, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del ius variandi; el artículo 248.2 de ese mismo TRLCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a

los supuestos de *ius variandi*, fuerza mayor, *factum principis* y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TRLCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto... Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

Octavo.- En la actualidad el principio del mantenimiento económico-financiero se recoge expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el contrato de concesión de obras públicas (art. 258.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y en el contrato de gestión de servicios públicos (en el art. 282 de la misma ley).

Ambos preceptos señalan que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, cuando por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

La expresión ruptura sustancial aparece en los arts. 258.2 apartado b) y 282.4 apartado b) 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, como uno de los requisitos indispensables para que pueda entrar en juego el restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

Uno de los problemas estriba en determinar cuándo se entiende que se produce una ruptura sustancial de la economía, puesto que, si no llega a ser sustancial, el principio de restablecimiento del equilibrio económico no debería entrar en juego por lo que se considerará que deberá asumirlo el contratista como riesgo y ventura.

El problema sobre el equilibrio económico no sólo lo encontramos al determinar cuándo debe aplicarse (es decir, si efectivamente se ha producido esa ruptura sustancial) sino que va más allá, pues la ley y la jurisprudencia tampoco determinan con claridad la manera en que ese equilibrio deba restablecerse; y el problema no estriba tanto en las vías que deben utilizarse para restablecer ese equilibrio, como podrían consistir en modificación de tarifas, reducción del plazo concesional y aquellas otras modificaciones que puedan realizarse sobre las cláusulas económicas del contrato (arts. 258.3 y 282.5 LCSP), sino que el problema recae más bien en la intensidad de ese restablecimiento pues no todas las rupturas sustanciales son iguales.

Es lógico pensar que, si la ley ha establecido como requisito para aplicación del restablecimiento del equilibrio económico una ruptura sustancial, es porque existen otro tipo de rupturas que no son sustanciales y que por lo tanto el riesgo recae sobre el contratista.

Ahora bien, si se determina que se ha producido una ruptura sustancial, ese restablecimiento podrá alcanzar distintos niveles:

Por lo que existe disparidad sobre el alcance del deber de reequilibrar de la Administración concedente. Se encuentran manifestaciones -doctrinales y jurisprudenciales- en el sentido de que el factum principis da lugar a una restauración integral del equilibrio, al revés de lo que ocurre en el caso del riesgo imprevisible, en el que habría una cierta compartición del resultado dañoso entre el contratista y la Administración concedente”.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa resulta que ninguna de las circunstancias que prevé este apartado cuarto del art. 282 en relación con el art. 285 se dan en el caso que nos ocupa: la Administración no ha modificado las características del servicio ni su actuación ha determinado la ruptura de la economía del contrato ni hay fuerza mayor alguna que haya influido en la realización del servicio. Es la legislación laboral la que ha hecho que la nueva adjudicataria tenga que responder frente a los trabajadores y a la SS por los impagos de la anterior adjudicataria y por ello el Ayuntamiento fue absuelto en vía social, sin que a esta conclusión le influya posibles impagos del Ayuntamiento a [REDACTED] (que en su caso tendría que hacer valer y reclamar ésta y no la nueva concesionaria, por lo que las preguntas respondidas por el Alcalde sobre la situación de [REDACTED] en el año 2012, los embargos a [REDACTED] pagados por el Ayuntamiento a la SS durante el 2012 o las huelgas convocadas por los trabajadores durante este año son del todo ajenas al procedimiento en aplicación del art. 283 LEC).

Noveno- Desestimadas las dos pretensiones de nulidad contractual, el mismo destino deben tener el resto de alegaciones de la demanda, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones doctrinales sobre las figuras jurídicas alegadas por ser de sobra conocidas por las partes.

No hay enriquecimiento injusto del Ayuntamiento por ruptura del equilibrio económico del contrato porque no se dan las circunstancias del art. 282.4 TRLCSP y porque no hay infracción del art. 120 TRLCSP ya que la situación de embargos de [REDACTED] por la Seguridad Social no debía incluirse en los pliegos. No hay infracción de la doctrina de los actos propios y de confianza legítima puesto que existiendo un pliego como ley que rige las relaciones contractuales de las partes habrá que estar a éste, no es lícito que la recurrente haga valer la legalidad del pliego en unas ocasiones y cuando le benefician pero cuando no obtiene los beneficios económicos esperados dentro del principio de riesgo y ventura de la concesión y por subrogaciones legales y no contractuales. Los costes del personal una vez firmado el contrato no han variado en relación con el pliego (sin perjuicio de que se pueda instar la oportuna modificación del contrato vía art. 284 TRLCSP como parece que se ha hecho según se desprende de la respuesta a la pregunta 14 del interrogatorio del Ayuntamiento).

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 (sin olvidar que dejó firme tanto las sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2014 como la resolución de 23 de mayo de 2016 de la TGSS según el resultado del oficio remitido el 22 de mayo de 2017 a este mismo procedimiento).

Décimo.- Habiéndose desestimado las pretensiones de la demanda, en aplicación del principio de vencimiento del art. 139 LJCA, la parte recurrente deberá abonar las costas del procedimiento con el límite de 1000 euros (más IVA).

Undécimo.- En atención a la cuantía y materia del procedimiento, la presente sentencia es susceptible de ser recurrida en apelación ante el TSJ de Castilla y León.

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

FALLO

Que **debo desestimar y desestimo** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ██████████ contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de octubre de 2016 que desestima la reclamación efectuada por ██████████ 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 ██████████ 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 ██████████ 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).

Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que es no firme, pudiendo interponer recurso de apelación ante el Ilmo. TSJ de Castilla y León.

Líbrense testimonio de esta Sentencia para su constancia en autos, llevando el original al Libro de las de su clase.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada Juez