

**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 331/2017 de 27 Jul. 2017, Rec. 565/2017**

**Ponente:** Fernández Fernández, Juan Alberto.

**Nº de Sentencia:** 331/2017

**Nº de Recurso:** 565/2017

**Jurisdicción:** CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ECLI: *ES:TSJPV:2017:2707*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 565/2017**

**SENTENCIA NUMERO 331/2017**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Dña. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a veintisiete de julio de dos mil diecisiete.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 28-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria en el procedimiento ordinario 188/2016 que desestimó el recurso interpuesto por Contenedores Escor Vitoria S.L. contra la Resolución de 6-05-2016 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vitoria que inadmitió el recurso de reposición dirigido contra el Acuerdo de 12-02-2016 que había desestimado la solicitud de abono de cantidades por la gestión del servicio de depósitos alternativos de residuos ( Garbigunes) .

Son parte:

- **APELANTE** : CONTENEDORES ESCOR VITORIA S.L., representado por Dña. SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ y dirigido por el letrado GUILLERMO SAIZ RUIZ.

- **APELADO** : AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ, representado por D. GERMAN ORS SIMON y dirigido por el letrado de la Asesoría Jurídica.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por CONTENEDORES ESCOR VITORIA S.L. recurso de apelación ante esta Sala.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 20/7/2017, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El recurso de apelación se ha presentado contra la sentencia dictada el 28-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria en el procedimiento ordinario 188/2016 que desestimó el recurso interpuesto por Contenedores Escor Vitoria S.L. contra la Resolución de 6-05-2016 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vitoria que inadmitió el recurso de reposición dirigido contra el Acuerdo de 12-02-2016 que había desestimado la solicitud de abono de cantidades por la gestión del servicio de depósitos alternativos de residuos (Garbigunes) .

La recurrente había solicitado con fecha 4-01-2016 al Ayuntamiento de Vitoria el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de gestión del mencionado servicio público que consideraba alterado a causa de las diferencias entre las retribuciones debidas al personal absorbido por la adjudicataria y las señaladas en el Anexo 3.2 del Pliego de condiciones técnicas y el Ayuntamiento inadmitió esa reclamación porque " la cláusula sobre la subrogación del personal objeto de la presente reclamación: a) Rebasa el ámbito subjetivo propio de los contratos de la Administración, circunscripto a las relaciones entre esta y el contratista adjudicatario del contrato; b) Supone el establecimiento en un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria, destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato e implica la asunción por el adjudicatario de obligaciones respecto de su personal de cuya observancia no ha de conocer la Administración contratante ni el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino eventualmente y, en su momento, los órganos del orden social ".

La sentencia apelada comparte esa conclusión en el entendimiento de que la reclamación de la adjudicataria del contrato concierne a una obligación legal (de subrogación laboral) ajena a las competencias de la Administración en el ámbito de la contratación pública.

Asimismo, según la sentencia apelada la pretensión del recurrente no puede ampararse en el principio de restablecimiento del equilibrio económico del contrato porque el supuesto alegado por la recurrente como causante de la ruptura de ese equilibrio no tiene encaje ni en el artículo 282.4 del RDL 3/2011 de 14 de noviembre (LA LEY 21158/2011) ni en la cláusula 35 del Pliego, ya los costes laborales (retribuciones) que la recurrente considera haber

soportado en exceso no traen causa de la actuación del Ayuntamiento sino de la ley y del convenio colectivo (cláusula 9ª del PCAP) y con su eventual incremento debe correr el contratista con arreglo al principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del mismo.

**SEGUNDO.** - El recurso de apelación se funda en los motivos siguientes:

1.- La reclamación dirigida por la recurrente al Ayuntamiento no obedeció al hecho de haberse subrogado en los contratos laborales de la anterior adjudicataria sino al hecho de que la información facilitada por aquella entidad para la licitación, incorporada a los Anexos al PPT, no se hacía referencia a los complementos o mejoras del salario base de los empleados en cuyo contrato debía subrogarse la nueva adjudicataria, y tampoco a contingencias derivadas de reclamaciones judiciales promovidas por esos empleados y, en consecuencia, la inaplicación al caso de las sentencias del Tribunal Supremo en que se funda la sentencia apelada.

2.- La inaplicación al caso de la sentencia del TSJ de Cantabria reseñada en las páginas 6 y 7 de la sentencia apelada, porque la recurrente no conoció con anterioridad a la adjudicación del contrato las retribuciones de los trabajadores en cuyos contratos debía subrogarse sino que en los Pliegos se reseñaron unas retribuciones inferiores a los comunicados post adjudicación por el anterior contratista.

3.- La sentencia apelada no ha tenido en cuenta las sentencias de otros TSJ invocadas por el recurrente y que en supuestos similares al planteado en el proceso han considerado imputable a la Administración el error en la información facilitada por el anterior contratista que ha hecho la prestación del nuevo más onerosa de lo previsto en los Pliegos o documentos anexos, y reconocido el derecho de ese sujeto a la compensación del desequilibrio o perjuicio así causado.

4.- La indebida inadmisión de la reclamación presentada por la recurrente, sin la instrucción del procedimiento procedente con audiencia al interesado.

5.- La infracción del artículo 120 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) porque en los Pliegos del procedimiento de contratación la información correcta sobre las retribuciones de los trabajadores del anterior contratista a fin de que los licitadores puedan hacer sus ofertas, previa evaluación de los costes laborales que debe soportar el adjudicatario, consecuencia de la subrogación en los contratos laborales del anterior contratista.

6.- Error de la sentencia de instancia en la valoración negativa de la prueba referida al desequilibrio imprevisible en la economía del contrato, alegado por la recurrente.

7.- La indebida imposición de las costas.

**TERCERO.** - El apelado, Ayuntamiento de Vitoria, además de objetar la reproducción en el recurso de apelación de los argumentos expuestos en el escrito de demanda, ha solicitado la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos, en particular, los doctrinales (sentencias del TS y del TSJ de Cantabria) sobre la invocación del principio de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión frente a los costes laborales soportados por la contratista a consecuencia de las obligación legal de subrogación y de cumplimiento de los convenios colectivos; el acuerdo de inadmisión de la reclamación, fundada en el carácter extracontractual de la pretensión de la contratista; inexistente ejercicio del "ius variandi" por parte de la Administración, falta de prueba de los sobrecostos laborales alegados por la apelante.

**CUARTO.** - La acción ejercida por la adjudicataria del contrato de gestión de servicios (Garbigune y otros) no se dirige contra la subrogación de esa sociedad en los contratos laborales de la anterior adjudicataria y tampoco tiene por objeto la restitución de los salarios abonados a los trabajadores procedentes de esa empresa o su reducción a los reseñados en los Pliegos o documentos anexos a la contratación administrativa, sino que es por sus fundamentos (fácticos y jurídicos) y por su objeto una acción derivada del antedicho contrato administrativo, tal como se colige de los términos del debate y los propios de la sentencia.

En efecto, lo que pretende la recurrente frente al Ayuntamiento de Vitoria no es una declaración y/o medidas de restablecimiento propias del orden laboral ( Artículos 9.5 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y 2 a) de la Ley 36/2011 de 10 de Octubre (LA LEY 19110/2011) de la Ley de la Jurisdicción Social) sino la declaración de nulidad de una resolución dictada en el ámbito de las competencias contractuales de carácter administrativo de la Administración demandada , y medidas de restablecimiento de la situación jurídica que, como adjudicataria de un contrato de esa misma naturaleza, considera alterada por razón de la actuación de dicha Administración.

La cuestión controvertida, pues, no concierne al ámbito de las relaciones laborales; cosa distinta a que la causa de pedir tenga relación con la retribuciones de los empleados de la adjudicataria, si bien solo en la medida en que tales retribuciones se han proyectado sobre los costes de ejecución del contrato administrativo por causas que la recurrente considera imputables a la contratante.

Hete ahí el nexo, sin incidencia en el carácter- ex contractu- de la acción, entre el ámbito laboral y el ámbito administrativo en que se enmarca subjetiva y objetivamente la pretensión resarcitoria de la contratista. Y tal es, así, que la estimación de tal pretensión en nada puede afectar a los salarios de los trabajadores en cuyos contratos se ha subrogado la recurrente o a cualquier otro aspecto de esa relación sino a las contraprestaciones (o compensaciones) debidas por el Ayuntamiento, en su caso, a la contratista; esto es, con fundamento en la legislación de contratos del sector público y solo en esa legislación o subsidiariamente, en las normas del Derecho civil de obligaciones.

En otro caso, lo que debió hacer el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de oficio o a solicitud del demandado fue examinar la competencia de esa Jurisdicción para conocer del asunto ( artículos 5.2 (LA LEY 2689/1998) , 51.1 a ) y 58.1 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) en relación a los artículos 9.4 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y 1.1 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) ).

Tampoco puede decirse que la pretensión de la recurrente no concierne a su contrato de gestión de servicios con el Ayuntamiento demandado o a las facultades-deberes o competencias de esa Administración en ese ámbito de relaciones, eludiendo el examen de la jurisdicción competente y, a la vez, entrar en el examen del objeto del recurso desde una perspectiva legal y doctrinal evidentemente administrativa y, por lo tanto, vinculada a los fundamentos de la reclamación "inadmitida" por el Ayuntamiento.

**QUINTO.** - No estamos en el caso de modificaciones sobrevenidas a la contratación (supuestos de ejercicio del ius variandi, factum principis, fuerza mayor o riesgos imprevisibles) en que el contratista tiene derecho al restablecimiento económico de su posición ( Art. 282. 4 del RDL 3/2011 ; ídem, cláusula 35ª del PCAP) sino de un supuesto vicio en la prestación del consentimiento que el apelante imputa a la actuación del Ayuntamiento de Vitoria por no haber incorporado a los Pliegos de la contratación la información sobre las retribuciones (completas) de los trabajadores de la anterior contratista, exigida por el artículo 120 del RDL 3/2011 . Y en ese supuesto lo que procede no es el restablecimiento económico demandado por la apelante sino la nulidad del contrato y reparación de los perjuicios causados a la adjudicataria ( artículo 19.2 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) en relación al artículo 1300 y siguientes del Código Civil (LA LEY 1/1889) ).

Según decimos, no es que la circunstancia alegada por la recurrente (las retribuciones reales de los trabajadores de la anterior contratista) como causante de la alteración del equilibrio económico del contrato se produjera con posterioridad a la adjudicación del contrato, sino que dicha parte no tuvo conocimiento de ella sino a partir de ese momento.

Además, no puede imputarse al demandado el error alegado por la apelante porque el Ayuntamiento incluyó en el Anexo al Pliego de condiciones técnicas la información facilitada por el anterior concesionario y no podía exigirse al Ayuntamiento una comprobación ex post de aquellos datos que además podía hacer el contratista en el momento oportuno para

evaluar los costes que debía soportar en el caso de adjudicación del contrato y consiguiente subrogación en las relaciones laborales del anterior adjudicatario , sin esperar a la adjudicación, y así como la cláusula 10. e a) del PCAP trasladó a quien resultase adjudicatario la carga de solicitar del anterior la información sobre las condiciones de sus empleados a efectos del cumplimiento ¿ vía subrogación- de las obligaciones laborales hay que entender que antes de presentar la oferta de licitación la recurrente pudo y debió solicitar esa información al anterior contratista por si la facilitada por este a la Administración no fuere veraz, completa o suficiente a dichos efectos.

**SEXTO.** - Aun de entender sobrevenida la circunstancia ( o su conocimiento) que según la recurrente ha alterado los costes laborales que había previsto en el momento de la presentación de su oferta , esa variación no da derecho a la contratista a cobrar la compensación reclamada y al ajuste del precio contractual, porque dentro de su riesgo y ventura hay que entender comprendido el riesgo de que se produzca una variación en las retribuciones de los trabajadores sea por virtud de ley, convenio colectivo o resolución judicial ( sentencia de 20 de julio de 2016 del Tribunal Supremo; Rec. de casación 339/2015 que cita anteriores de la misma Sala) .

**SEPTIMO.** - El Ayuntamiento de Vitoria aunque acordó "inadmitir" la reclamación de la contratante había dado trámite a la misma al recabar informes internos (folios 165 a 184 del expediente administrativo) si bien omitió el trámite de audiencia al interesado. Pero esa omisión no ha causado indefensión al recurrente ya que pudo alegar lo conveniente a su derecho, sin ninguna restricción, así en el recurso de reposición como en este contencioso y, por lo tanto, no ha invalidado el acto recurrido ( Art. 63.2 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992) ).

**OCTAVO.** - El órgano de apelación no puede revisar el pronunciamiento de condena en costas que ha hecho la sentencia de instancia con estricto fundamento en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , esto es, en la desestimación total de sus pretensiones según la doctrina legal recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 2016; Rec. de casación 535/2015 .

En cambio, no hay que imponer a la apelante las costas de esta instancia dado el fundamento de su recurso (en el Derecho Administrativo de contratos) en oposición a los fundamentos de la sentencia de instancia sobre el carácter "laboral" de las pretensiones de aquella parte y por, consiguiente, el error en el planteamiento inicial del marco jurídico en que debía resolverse el proceso, aun sin implicar tal error el defecto de motivación alegado por la apelante; en realidad, la disconformidad de esa parte con los fundamentos de la sentencia apelada.( art. 139.2 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) ).

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L. contra la sentencia dictada el 28-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria en el procedimiento ordinario 188/2016 que desestimó el recurso interpuesto por Contenedores Escor Vitoria S.L. contra la Resolución de 6-05-2016 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vitoria que inadmitió el recurso de reposición dirigido contra el Acuerdo de 12-02-2016 que había desestimado la solicitud de abono de cantidades por la gestión del servicio de depósitos alternativos de residuos (Garbigunes) , confirmando la sentencia apelada; sin imposición de las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA (LA LEY 2689/1998) ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20

de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 00 0565 17, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ (LA LEY 1694/1985) ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 27 de julio de 2017.