

SENTENCIA

En Oviedo, a 15 de Septiembre de 2017.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANGEL CARBAJO DOMINGO, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de OVIEDO, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 221/16 instados por T.U.A. S.L., representada por la Procuradora Dª _____ y defendida por el Letrado D. _____

¿, siendo demandado el Ayuntamiento de Oviedo, representado y defendido por la Abogacía Consistorial, sobre contratación administrativa.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dª _____, en nombre y representación de T.U.A. S.L., se presentó en este Juzgado Procedimiento Ordinario en fecha 30.10.16, contra EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO, en base a los hechos y fundamentos de derecho que en su demanda se expresan y, terminó suplicando que, previos los trámites legales se dicte sentencia en los términos interesados en el Suplico de la misma; dándose traslado a la parte demandada, la que en tiempo y forma legal formuló escrito de contestación a la demanda, con el resultado que obra en las actuaciones.

SEGUNDO.- Habiéndolo solicitado las partes, se recibió el juicio a prueba, por término de treinta días, formándose con las que cada parte articuló y fue admitida, ramos de prueba separados.

TERCERO.- Finalizado el período probatorio, se unieron a los autos los ramos de prueba separados, llevándose a cabo el trámite de conclusiones, con el resultado que obra unido en autos.



CUARTO.- Atendidas las reglas contenidas en los artículos 40 a 42 de la Ley Jurisdiccional de 1.998, por Decreto de 14.3.17, se fijó la cuantía del presente procedimiento en 841.569,21 € (ochocientos cuarenta y una mil quinientos sesenta y nueve euros con veintiún céntimos).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Sobre la actuación administrativa recurrida y la posición procesal de las partes.*

En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 23 de diciembre de 2016, apartado 7.1., por el que, en relación con el contrato de concesión de transporte, liquidación 2015, se desestima la propuesta de liquidación de TUA, fijando la liquidación de 2015 en 666.531,21 euros favorables al Ayuntamiento .

A) Posición de la parte actora:

Se interesa la estimación del recurso y la declaración de nulidad de la resolución impugnada, declarando correcta y exigible en todos sus términos la liquidación definitiva del ejercicio 2015 y actualización de costes unitarios para ese ejercicio presentado por TUA, estableciendo la obligación de pago por el Ayuntamiento de las siguientes cantidades: 171.685,14 euros, a que asciende la liquidación final del ejercicio 2015, 666.531,21 euros, indebidamente descontados de las facturas de septiembre y octubre de 2016 en pago de la liquidación estimada por el Ayuntamiento, y 3.352,86 euros, de diferencia en los incentivos de calidad de servicio y satisfacción del cliente.

Sostiene la recurrente que la diferente aplicación de una u otra prima y plus de Convenio (la correspondiente a los conductores no urbanos por parte del Ayuntamiento y la propia de los conductores urbanos por parte de la empresa contratista), determina la diferente liquidación del ejercicio 2015 obtenida por una y otra parte, e igualmente la diferencia en la fijación del coste/hora útil para 2015 (38,26 euros/hora útil frente a 41,049 euros/hora de la empresa) y en los incentivos de calidad del servicio y satisfacción del cliente (34.327,62 euros frente a 36.004,05 euros en cada uno de ellos), al intervenir directamente





la prima y plus señalados en las fórmulas para la determinación de dichos incentivos/penalizaciones recogidos en el art. 25 del PCTP, ya que forman parte del valor "coste de operación", definido en el art. 22 del Pliego.

Ya en la fundamentación jurídica de la demanda se alega que resulta de aplicación al presente contrato el TRLCAP, citando al respecto los preceptos que resultan de aplicación al caso, así como la regulación que se recoge en los pliegos en lo relativo a la liquidación del contrato y actualización de costes.

B) Posición de la Administración recurrida:

Se solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada, y después de invocar la legislación contractual relativa a la revisión de precios, se alega por el Letrado Consistorial que debemos estar a lo establecido en el art. 20 apartado 4 del Pliego de Condiciones Administrativas que establece que "*serán obligaciones del Ayuntamiento: restablecer el equilibrio económico de la concesión en los siguientes supuestos: a) cuando modifique las condiciones de lo explotación, por razones de interés público, b) cuando causas de fuerza mayor o actuaciones municipales determinen directamente la ruptura sustancial de la economía de la concesión -refiriendo las causas del art. 144.3 del TRLCAP. Lo anterior será sin perjuicio de lo señalado en el artículo 2º de este Pliego*", sin que en este caso concurren ninguna de las circunstancias anteriormente previstas, ya que no puede considerarse como tal la aprobación del nuevo Convenio Colectivo del transporte por carretera.

En materia contractual administrativa existe una prerrogativa de interpretación a favor de la Administración, teniendo siempre presente lo establecido en el art. 129.4 del RSCL, según el cual "Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente".

La demandada, y de acuerdo con lo establecido en los art. 22 y 23 del PPT, señala que debe diferenciarse entre el "coste del servicio", que se integra por el coste de autobuses (Cm), coste de operación (Co) y los gastos a justificar (Cj), y el coeficiente de





actualización de dicho coste, y el coeficiente de actualización de dicho coste tanto en lo que hace al precio/hora útil como al kilómetro útil, elementos que integran el coste de operación (Co).

Se alega por la demandada que lo que hace el contrato es fijar una cláusula de revisión del coste/hora útil del servicio en función de las variaciones que pueda experimentar un "conductor-perceptor" conforme al Convenio. No se tiene en cuenta todo el Convenio de aplicación al sector, sino un factor determinado que se consideró representativo y exponente de la evolución de precios convencional, y que ha de ser aplicado con independencia de las condiciones particulares de cada uno de los potenciales licitadores del contrato y de las eventualidades que puedan surgir durante los 25 años previstos como duración de la concesión.

La cuestión, a juicio del Letrado Consistorial, es que de la totalidad del Convenio y a los efectos de valorar la evolución monetaria de los costes de personal, el PPT toma únicamente en consideración el parámetro coste/hora de un "conductor perceptor", lo que ha de atender a costes fijos.

Entiende la Administración que la pretensión de la concesionaria entraña un fraude de Ley y un abuso de derecho, que intenta forzar al Ayuntamiento de Oviedo a una revisión de precios contraria a derecho y a la Sentencia dictada en el PO 235/10 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 6 de Oviedo.

La razón de ser de ese fraude que denuncia la demandada se encuentra en que en el nuevo Convenio Colectivo 2015-2018, si bien se mantienen las dietas, ahora se excluye a las Empresas de Transporte de Viajeros Urbanos, entendiéndose por tales aquellas cuyo título concesional ha sido otorgado por un Ayuntamiento, si bien, y para compensar la pérdida por parte de los conductores afectados de las dietas a cuya percepción tenían derecho, se crea una nueva categoría profesional dentro del nivel IV, si bien se da la circunstancia de que la única empresa del Principado a la que se aplica es precisamente TUA.

Sostiene la Administración que la categoría de "conductor-perceptor" sigue existiendo en el Convenio, junto con la de "conductor-perceptor de transporte de viajeros urbanos".



En definitiva se afirma por el Letrado Consistorial que la cuestión litigiosa se circunscribe a si es procedente, como sostiene la mercantil TUA, sustituir la categoría de “conductor-perceptor” de la fórmula de revisión por la novedosa categoría creada en el Convenio Colectivo de “conductor-perceptor transporte de viajeros urbano”

SEGUNDO.- Sobre los hechos que resultan acreditados.

Entrando ya en el examen de la cuestión de fondo, y para una más adecuada fijación de los términos del debate, se estima conveniente el establecer una somera relación de los hechos que han resultado probados, bien por la prueba practicada al efecto, bien por constatarse ya en el mismo expediente administrativo, a saber:

1. Por Acuerdo de la Junta Local de 7 de septiembre de 2004 se acordó adjudicar a "Transportes Unidos de Asturias S.4. " (TUA) la gestión del servicio público del servicio público de transporte urbano colectivo de viajeros en Oviedo.

2. El 23 de febrero de 2016 se publica en el BOPA la Resolución de la Consejería de Empleo, Turismo y Comercio del Principado de Asturias por la que se ordena la publicación del Convenio Colectivo del sector de transporte por carretera en Asturias.

1. El 26 de febrero de 2016 TUA presentó en el Ayuntamiento escrito solicitando conformidad a la actualización de costes unitarios para el ejercicio 2015, y Liquidación definitiva del mismo ejercicio por importe de 171.685,14 €.

2. El 15 de abril de 2016, y ante el requerimiento realizado por el Ayuntamiento, TUA presentó aclaraciones a su propuesta de liquidación (f. 100 y ss.).

3. El 24 de junio de 2016 el Técnico del Servicio de Transportes y Movilidad emite un informe considerando erróneamente aplicado para el cálculo de la revisión el coste unitario en función de las horas útiles, ya que TUA aplica para el cálculo en el 2015 la Prima y Plus de Convenio para un “conductor-perceptor transporte de viajeros urbano”, cuya retribución es de 244 euros, cuando conforme a lo establecido en el art. 23 del PPT la retribución a emplear para un conductor-perceptor para el año 2015 es de 116,38 euros reseñando asimismo incidencias por huelga, amortizaciones, gastos extraordinarios y

descenso de viajeros, informando desfavorablemente la liquidación y los incentivos por calidad del servicio y satisfacción al cliente, y resultando un abono en favor del Ayuntamiento de 666.531,21 € a realizar de forma independiente o mediante compensación, y proceder a la tramitación de los incentivos de 31.388,16 € por publicidad, 1.662,50 por gestión y venta de material, 34.327,62 por calidad de servicio y 34.321,62 por satisfacción del cliente (f. 161 y 168). Conforme a tales cálculos el coste de hora útil quedaba fijado en 38,26 €/hora.

4. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 23 de septiembre de 2016 se aprobó la liquidación y la determinación de incentivos y costes unitarios en los términos propuestos por el Ingeniero Municipal (f. 169).

TERCERO.- Sobre la compensación que debe ser abonada al concesionario del servicio de transporte urbano.

El presente contencioso gira en torno a la conformidad a Derecho de la forma en la que debe calcularse la compensación que el Ayuntamiento debe abonar a su concesionario, TUA, por el déficit entre los ingresos netos y los costes netos del servicio concedido.

Pues bien, el art. 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas dispone, después de proclamar la necesidad de mantener el equilibrio económico de la concesión, que *“No obstante lo anterior, en el supuesto de existencia de déficit entre los ingresos netos (excluidos incentivos) y los costes netos (incluido el beneficio industrial y excluido el IVA) del servicio, el Ayuntamiento, para el restablecimiento del referido equilibrio, abonará al concesionario, en concepto de subvención, la cantidad resultante de tal diferencia”*.

La forma en la que debe ser calculada la referida subvención se concreta en el Pliego de Cláusulas Técnicas, y así el art. 21 establece la obligación de la Administración de abonar a la empresa operadora una *subvención* anual (S) correspondiente a la diferencia entre los costes netos del servicio (C) y los ingresos netos (1) del mismo ($S=C-1$).

Posteriormente el art. 22 del PCT regula los *costes del servicio*, determinados por la suma de tres factores: coste de material móvil y otros equipamientos (Cm), coste de Operación (Co) y otros gastos a justificar (Cj).

Se continúa señalando que el Coste de Operación (Co) se determina en función de los kilómetros útiles realizados (Cok) y de las horas útiles realizadas (Coh), que son básicamente los costes de personal expresados en €/hora en términos netos, referidos a las horas útiles del servicio efectuadas.

Pues bien, en lo que hace a la hora útil, verdadero nudo gordiano del presente contencioso, el art. 23 del PCT establece que un coeficiente teórico de revisión del precio/hora útil que se calcula a partir de la siguiente fórmula: S_{Cht}/S_{Cho} , donde S_{Cho} = Coste hora de un conductor-perceptor según el Convenio Colectivo de transporte por Carretera del Principado de Asturias, de aplicación para el año 2005, y S_{Cht} = Coste hora de un conductor-perceptor según el Convenio Colectivo de transporte por Carretera del Principado de Asturias, de aplicación para el año de revisión (también se recoge en dicho precepto la revisión del precio del km. útil, que no es objeto de discusión en este contencioso).

Como vemos los Pliegos recogen de forma clara y taxativa que el parámetro a considerar a la hora de establecer o fijar la subvención correspondiente, es el coste hora de un "conductor-perceptor".

El Nivel IV de las Tablas Salariales del Convenio Colectivo de aplicación distingue entre Conductor-perceptor, Conductor-mecánico, palista, Gruista y Carretillero de 1ª, y para todos ellos se diferencia entre el sueldo base (día), horas extra (hora), prima y pluses de convenio, y pluses niveles.

Sin embargo, se introduce una nueva categoría, concretamente la de "Conductor-perceptor transporte de Viajeros urbano", cuyas retribuciones son exactamente iguales que la de la anterior categoría de conductor-perceptor en los conceptos de sueldo base (día), horas extra (hora), si bien, y aquí radica la diferencia, el concepto de prima y pluses de convenio que en el caso anterior era de 116,38 euros, en el caso que ahora se contempla se eleva a 244 euros.

La diferenciación entre una y otra categoría responde al tratamiento de las dietas que se hace en el Convenio, y así en el art. 19.9 se establece que *"Las Empresas de Transporte de Viajeros Urbano se caracterizan por unas especificidades y particularidades que se dan en el desarrollo de su actividad en relación al resto de tipología de Empresas*

del Sector. A los efectos de este Convenio se entiende por Empresas de Transporte de Viajeros Urbano aquellas cuyo título concesional ha sido otorgado por un Ayuntamiento”, añadiendo que “En este sentido, las partes convienen que en base a la naturaleza de las Dietas éstas no tienen adaptabilidad adecuada a este tipo de Empresas, por lo que se acuerda que los empleados de Empresas de Transporte de Viajeros Urbano en ningún caso devengarán Dietas, no siéndoles por tanto de aplicación las reguladas en el presente Convenio ni ninguna otra”.

Pues bien, no podemos compartir la tesis que sostiene la mercantil actora a la hora de interpretar como debe hacerse la revisión de precios o cálculo de la subvención que le debe ser abonada, y ello por varias razones:

a) En primer lugar, porque debe estarse a la literalidad de los pliegos, los cuales se refieren a la categoría de “conductor-perceptor”, que es la considerada a efectos de revisión de precios, y en ningún caso a la del “conductor perceptor Transporte de Viajeros Urbano”.

No olvidemos que el sistema de revisión de precios de los contratos administrativos tiene por objeto mantener la vigencia del principio de equilibrio económico del contrato, es decir, tiene un carácter excepcional en cuanto pugna con una serie de principios básicos de la contratación administrativa, como el riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad del contrato, razón por la cual las estipulaciones que contengan la revisión de precios deben ser interpretadas con carácter restrictivo, excluyendo interpretaciones analógicas o ampliaciones no previstas expresa y categóricamente en ellas (STS de 13 de julio de 2001).

Pues bien, de admitirse la tesis de la actora se estaría poniendo en quiebra ese principio general aplicable a la interpretación de las cláusulas contractuales, pues en definitiva se estaría por vía de Convenio Colectivo ampliando el concepto de conductor-perceptor con categorías nuevas que ni tan siquiera existían en el momento de adjudicarse el contrato.

b) En segundo lugar se aprecia en la elaboración del Convenio Colectivo que es de aplicación un cierto abuso de derecho, cuando no un fraude de ley, y si bien este Orden Jurisdiccional no es competente para su enjuiciamiento al venir atribuida tal cuestión a la

jurisdicción laboral (art. 2.h de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), ello no impide su examen con carácter prejudicial (art. 4 de la LJCA).

Efectivamente, resulta sorprendente cuando no sospechoso, que en el art. 19 del Convenio que se excluya de la dietas a una nueva categoría, concretamente a la de conductor-perceptor de Transporte de Viajeros Urbano que precisamente se crea en este Convenio. Y decimos que sorprende tal circunstancia cuando el propio art. 19 dispone que son Empresas de Transporte de Viajeros Urbano aquéllas cuyo título concesional ha sido otorgado por un Ayuntamiento, circunstancia que en todo el ámbito del Principado de Asturias concurre en la concesionaria del servicio del Ayuntamiento de Oviedo.

Sin embargo, tal forma de actuar se entiende si se toma en consideración que por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 6 de Oviedo de 10 de junio de 2012, confirmada por la del TSJ de Asturias de 30 de marzo de 2012, excluyó las dietas de la revisión de precios.

Parece obvio que la finalidad que perseguía la nueva categoría de conductor-perceptor de Transporte de Viajeros Urbano era compensar la imposibilidad de abonar dietas a la ahora actora, de acuerdo con la recogido en los pronunciamientos judiciales, dentro del concepto que se utilizaba para la revisión de precios.

c) En tercer lugar, el hecho que TUA abone a sus trabajadores la prima y el plus de convenio en nada afecta al devenir de este contencioso, pues una cosa son las relaciones laborales entre el empleador y sus trabajadores, y otra bien distinta el contrato de concesión y las diferentes vicisitudes por las que atraviesa.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso, al ser el acto recurrido conforme con el Ordenamiento Jurídico.

CUARTO.- *Sobre las costas.*

En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la L.R.J., procede su imposición a la mercantil actora, dada la desestimación del recurso, con el límite de mil euros, teniendo en cuenta que la citada condena:

A) Comprende la totalidad de las costas causadas (vr. gr., tasa), amén de los honorarios del Letrado y, en su caso, los derechos del procurador.



B) No resulta de aplicación el límite del tercio de la cuantía del recurso establecido en el art. 243.3 LEC.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, emanada del Pueblo Español, me concede la Constitución,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo Nº 221/16 interpuesto por la Procuradora D^a en nombre y representación de T.U.A. S.L., contra Acuerdo de la Junta de gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 23 de diciembre de 2016, apartado 7.1., con imposición de las costas a la mercantil TUA S.L. con el límite de mil euros.

Se fija la cuantía de este recurso en 841.569,21 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra esta Sentencia cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el plazo de quince días, a contar desde el día siguiente de su notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y firmo.

