

Recurso 396/2019

Resolución 157/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA** contra la memoria justificativa y los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “Servicios Educativos complementarios en Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, mediante procedimiento abierto” (Expte. 19/42486), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente adscrito a la Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de septiembre de 2019, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, poniéndose a disposición de los interesados a través de este medio electrónico y en esta fecha los pliegos rectores de la licitación.

El valor estimado del contrato asciende a 348.985,00 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. El 18 de octubre de 2019 la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA presenta en el Registro de la Delegación Territorial de Educación y Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Málaga recurso especial contra la memoria justificativa, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rigen el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. En el mismo día la recurrente comunica a este Tribunal mediante correo electrónico la presentación del recurso.

CUARTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 18 de octubre de 2019, se le dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo así como el expediente administrativo y el listado de los licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 24 de octubre de 2019.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la confederación sindical recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Sobre la legitimación activa de las organizaciones sindicales para la interposición del recurso especial en materia de contratación este Tribunal ha partido (v.g. Resolución 165/2018, de 1 de junio) de la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 358/2006, 153/2007, 202/2007, y 33/2009, entre otras) que arranca de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar las decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Ahora bien, también indica dicho Tribunal que esa genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, pues, como ya se dijo en la STC 210/1994, *«la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer»*.

También se debe tener en cuenta sobre esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Nacional 348/2016, Sala de lo Contencioso administrativo, sección cuarta de fecha 6 de julio de 2016, que dispone: *«En relación con el concepto de interés legítimo sobre el que gravita el reconocimiento de legitimación existe una acabada jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso referida al alcance con el que cabe reconocerla a los sindicatos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Según esta jurisprudencia (por todas STS de 17 de mayo de 2005, rec. cas. 5111/2002, dictada precisamente en materia contractual), la legitimatio ad causam de la parte recurrente viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de*



la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción del prestigio profesional o científico inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad. Así, el Tribunal Supremo ha insistido en que “la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento”». En esta línea se han pronunciado otros órganos de resolución de recursos contractuales; así el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 63/2019, de 13 de febrero, indica sobre esta cuestión que: «se debe entender que la legitimación de la organización sindical solo será admisible cuando se dé una relación directa e incuestionable con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores afectados».

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP, a diferencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ha reconocido expresamente la legitimación de las organizaciones sindicales, en los siguientes términos:

“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación”.

Es decir, la norma sólo reconoce legitimación a las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles (en el presente caso, los pliegos) pudiera deducirse fundadamente que implican que,



en el proceso de ejecución del contrato se van a incumplir por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

De esta manera, frente a la regla general de legitimación que se contiene en el primer párrafo del citado artículo 48 de la LCSP, la regla específica prevista para las organizaciones sindicales requiere, constituyendo pues una carga para la recurrente, que en su escrito de recurso acredite de forma motivada su legitimación por la concurrencia de los requisitos exigidos: en el caso que se está analizando, que de los pliegos se pueda deducir fundadamente que el empresario va a incumplir sus obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

De esta manera, mediante la incorporación de este segundo párrafo al artículo 48 de la LCSP, el legislador ha tratado de determinar cuando se da esa relación directa e incuestionable de la pretensión con la defensa de los intereses corporativos de los trabajadores afectados, exigiendo, en el presente caso, que de los pliegos pueda deducirse de forma fundada que la adjudicataria del contrato, en su ejecución, va a incumplir las obligaciones sociales o laborales respecto de sus trabajadores.

Pues bien en el escrito de recurso el sindicato recurrente denuncia que la Agencia establece en los pliegos una serie de condiciones que exceden de las funciones que le atribuyen sus Estatutos, aprobados por Decreto 194/2017, de 5 de noviembre, en su artículo 6, pretendiendo mediante esta licitación alterar el calendario y el contenido de la naturaleza jurídica de los servicios previstos en los Decretos reguladores de la materia, con la finalidad de sustituir durante los periodos de descanso al personal de gestión directa por personal de gestión indirecta o externalizado mediante la presente convocatoria, afirmando que en realidad son los mismos servicios socioeducativos que durante todo el curso escolar viene prestando el personal de gestión directa cuando no disfruta de sus vacaciones, sin que la normativa aplicable habilite para excluir actividades de contenido curricular durante ningún periodo de los once meses al año en los que se fija el calendario del primer ciclo de educación infantil. Señala que el citado artículo 6.3 de los Estatutos de la Agencia, en su letra a) le atribuye en materia de servicios la competencia para le gestión y contratación del transporte escolar, comedores escolares, aulas matinales, actividades extraescolares y en general, de los servicios complementarios de la enseñanza no universitaria; y en su letra c) el desarrollo y ejecución de las actuaciones para el fomento de la escolarización en el primer ciclo de educación infantil.



De esta manera, indica, hay que recordar como antecedentes que las cinco escuelas infantiles afectadas por la licitación venían funcionando con personal externo que no fue subrogado con el pretexto de que no se pueden licitar servicios que supongan prestar actividad curricular.

En este sentido discrepa de la memoria justificativa cuando ésta señala *“que consta en el expediente certificado de la autoridad educativa competente donde se constata que las actividades y contenidos diseñados durante el periodo de ejecución del presente contrato tienen un carácter asistencial, lúdico o recreativo, no contemplándose en ningún caso el desarrollo de acciones curriculares en dicho periodo.”*

Añade que la Agencia de un lado modifica el calendario establecido, y de otro altera el contenido del servicio socioeducativo a impartir según se prevé en el Decreto 428/2008, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la Educación Infantil en Andalucía, el Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de Educación infantil; y la Orden de 5 de agosto de 2008 por la que se desarrolla el currículo correspondiente a la Educación Infantil en Andalucía.

Señala que según los Decretos vigentes para el primer ciclo de Educación Infantil, el calendario se fija en 11 meses del año (en agosto se cierra), y de forma lineal para todos los meses se regula el aula matinal, un periodo de actividades curriculares, el comedor escolar y los talleres de tarde, sin que en ningún caso se contemple la posibilidad de que en determinados periodos de esos 11 meses se puedan suprimir actividades curriculares.

Tras reproducir las cláusulas del PPT y del PCAP que regulan el objeto del contrato, la recurrente concluye que se alteran las franjas horarias de atención socioeducativa y talleres, denominando de forma uniforme a todos los servicios de esos periodos de licitación “servicios complementarios”, a pesar de que en los Decretos aplicables se indica de 7.30 a 17 horas “atención socioeducativa”, de manera que el desarrollo curricular es obligatorio durante once meses al año, por lo que se ha de interpretar que no pueden suprimirse las actividades curriculares salvo norma habilitante previa que no existe.

En definitiva, concluye el escrito de recurso, la Agencia desarrolla normativamente el contenido de los Decretos vigentes, cuando carece de competencia, y además engloba dentro del concepto “servicios



complementarios” a los servicios de atención socioeducativa incluyendo el desarrollo de actividades curriculares que ha sido uno de los argumentos por los cuales los trabajadores de la empresa que prestaba esos servicios hasta el 31 de agosto de 2019 no fueron subrogados por la Consejería, una vez que decidió asumir la gestión directa de las cinco escuelas infantiles.

Pues bien, expuestos los motivos del recurso especial, hay que señalar que lo que se denuncia son infracciones de aspectos de organización y académicos, regulados en la normativa administrativa sobre la educación infantil, al entender la recurrente que se estaría licitando la prestación de servicios incluyendo actividades curriculares, lo cual estaría vedado por esa normativa, y para lo cual, además, la Agencia carecería de competencias. Siendo este el sustrato del recurso, se puede observar que estamos ante un debate de mero cumplimiento de la normativa administrativa reguladora de la enseñanza, aprobada en el ejercicio de las competencias compartidas que el artículo 52.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía para el establecimiento de los planes de estudio, incluida la ordenación curricular (Decreto 428/2008, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la Educación Infantil en Andalucía) , así como las competencias sobre las enseñanzas no universitarias, entre las que se incluye el régimen de creación, organización y funcionamiento de los centros, tanto públicos como privados, en los que se imparte la educación infantil (Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil); sin que, por otro lado, en el escrito de recurso se concrete, como exige el artículo 48 de la LCSP, en qué medida y de forma fundada del contenido de los pliegos se desprende que el contratista, en la ejecución del contrato, va a incumplir sus obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación.

En consecuencia, el debate jurídico que subyace en el recurso queda extramuros del ámbito del recurso especial, ya que los argumentos del recurso no evidencian de qué modo el contenido de los pliegos impugnados determinarían el futuro incumplimiento de obligaciones laborales y sociales por el contratista, por lo que debe concluirse en la falta de legitimación “ad causam” de la entidad recurrente, y en consecuencia, declarar la inadmisión del recurso.



Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP procede apreciar la falta de legitimación de la organización sindical recurrente y declarar la inadmisión del recurso, sin que quepa pronunciarse sobre los restantes requisitos de admisión y el fondo del asunto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE ANDALUCÍA** contra la memoria justificativa y los pliegos que han de regir la licitación del contrato denominado “Servicios Educativos complementarios en Escuelas Infantiles dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, mediante procedimiento abierto” (Expte. 19/42486), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación por falta de legitimación de la recurrente.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

