Recurso 331/2023
Resolución 384/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 28 de julio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)**, contra el pliego de cláusulas administrativa particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Ronda» (Expte. 480/2023), convocado por el Ayuntamiento de Ronda (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de junio de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día. El valor estimado del contrato asciende a 5.641.572,80 euros. Posteriormente en dicho perfil, el 3 de julio de 2023, fue publicada rectificación de los citados pliegos.

A la presente licitación le es de aplicación 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, se rige por 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 6 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (en adelante la recurrente o la asociación recurrente) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares. Entre otras consideraciones, en el escrito de recurso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación. Dicho escrito de recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución con fecha 12 de julio de 2023.

Mediante escrito la Secretaría del Tribunal, el 13 de julio de 2023, concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

Por último, el día 19 de julio de 2023 este Tribunal le comunica a la recurrente que el procedimiento de contratación se encuentra suspendido en virtud de la Resolución de medida cautelar 72/2023, de 12 de julio, adoptada en el recurso 328/2023 formulado por otra asociación empresarial, respecto al procedimiento de licitación mencionado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Ronda (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*
Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que «*Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados*».

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares, y ello por entender que en aquél se incumplen algunos aspectos relacionados con el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato.

Al respecto, debe indicarse que conforme a los estatutos de la asociación recurrente su fin primordial es la representación, participación y defensa de sus asociados, en relación con todas las actividades empresariales en el sector de la atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 15 de junio de 2023, y posteriormente rectificados el 3 de julio de 2023, según consta en el citado perfil, por lo que aun computando desde dicho día 15 de junio de 2023 el recurso presentado el 6 de julio de 2023 en el registro del órgano de contratación -según manifestación de éste al respecto al no haber aportado evidencia de ello-, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, proceda a *«anular y dejar sin efecto las DISPOSICIONES denunciadas y los documentos que las recogen, por la motivación expuesta, y consecuentemente, el propio procedimiento de contratación del cual forma parte. Ello con la finalidad de que el procedimiento de contratación se adecúe a las exigencias legales.»*.

La recurrente basa su pretensión en que el presupuesto base de licitación es insuficiente para ejecutar correctamente la prestación, por un lado, porque en la determinación de los costes salariales no se ha considerado el Convenio colectivo que será de aplicación durante la vigencia del contrato, y, por otro lado, porque el estudio de costes omite determinados conceptos retributivos que se establecen en el Convenio colectivo sectorial de aplicación.

1.1. Sobre que en la determinación de los costes salariales no se ha considerado el Convenio colectivo que será de aplicación durante la vigencia del contrato.

En síntesis, afirma la recurrente que el acuerdo por el que se procedió a la aprobación del VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, fue suscrito el 3 marzo de 2023 y consecuencia de ello, posteriormente publicado en el Boletín Oficial del Estado número 137, de 9 de junio de 2023; este nuevo Convenio colectivo dispone su vigencia desde el 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2025, dejando sin efecto al anterior VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; convenio este último, decaído en su vigencia, es el que ha sido considerado por el órgano de contratación para fijar el presupuesto base de licitación, el valor estimado del contrato y el propio precio por hora del servicio.

Asimismo, indica la recurrente que en fecha 31 de mayo de 2023 se firmó el acuerdo de aprobación del I Convenio colectivo de ayuda a domicilio de Andalucía, el cual resulta de inequívoca aplicación en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma a todas aquellas personas empleadas del sector con efectos desde el 1 de enero de 2023. Dicho Convenio será publicado de forma inminente desplegando sus efectos desde el enero de 2023, y con toda seguridad cuando se inicie la ejecución del contrato, este nuevo convenio autonómico ya se encontrará vigente y será la norma laboral de aplicación durante toda la vida del contrato que ahora se licita, por lo que el mismo desplazará en la Comunidad Autónoma Andaluza al VIII Convenio colectivo marco estatal.

1.2. Sobre que el estudio de costes omite determinados conceptos retributivos que se establecen en el Convenio colectivo sectorial de aplicación.

Afirma la recurrente, en resumen, que en la presente licitación han sido omitidos determinados conceptos retributivos que se establecen en el Convenio colectivo sectorial de aplicación, tales como días de libre disposición, descansos retribuidos, licencias retribuidas, horas sindicales retribuidas, formación del personal, kilometraje y asistencia a reconocimientos médicos, los cuales -según manifiesta- venían ya reflejados en el VII Convenio colectivo sectorial, manteniéndose y en algunos casos mejorando en el VIII y en el I Convenio autonómico.

En este sentido señala que, a la hora de determinar el coste salarial y el número de horas totales, el órgano de contratación solo ha tenido en cuenta las horas de asistencia a las personas usuarias en sus domicilios, pero ha obviado aquellas otras horas que también tienen el carácter de tiempo de trabajo efectivo y que, por tanto, han de retribuirse a las personas trabajadoras, aunque no sean de asistencia domiciliaria.

Para reforzar su alegato, entre otras consideraciones, la recurrente trae a colación la Resolución 57/2023, de 27 de enero, de este Tribunal, a la que manifiesta remitirse íntegramente.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala expresamente el informe al recurso lo siguiente: *«Efectivamente el estudio económico y pliego, se realizaron sobre el 17 de Mayo, estando vigente en ese momento el VII Convenio Colectivo con actualización de 14 de noviembre de 2022; y las cuantías de la Junta para la ayuda a domicilio, de mayo, seguramente establecidas en base a éste; desafortunadamente se ha publicado en BOE, el VIII Convenio Colectivo, el 9 de junio. Así mismo parece que más adelante aprobarán I Convenio SAD Andalucía (sin fecha concreta), que modificaría nuevamente costes personal auxiliar ayuda a domicilio respecto al nuevo Convenio Colectivo. siendo éste el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes publicado en el BOE nº 229, de 21 de*

septiembre de 2018, con la revisión aprobada por la Resolución de 2 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Auto de la Audiencia Nacional, sobre sentencia referida a las tablas salariales del año 2022 (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 2022)".».

Finaliza el informe al recurso indicando que por todo lo expuesto cabe estimar el recurso interpuesto.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre que en la determinación de los costes salariales no se ha considerado el Convenio colectivo que será de aplicación durante la vigencia del contrato.

Al respecto, sobre la pretensión de la recurrente en la que afirma que es de aplicación a la presente licitación el VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, así como el I Convenio colectivo de ayuda a domicilio de Andalucía, cabe subrayar que de las alegaciones expuestas en el anterior fundamento se deduce que el órgano de contratación en su informe al recurso se allana a la presente pretensión de la recurrente al afirmar que el recurso debe estimarse.

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a la pretensión de la alegación del recurso que se analiza, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual *«Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho»*.

De este precepto resultan los siguientes requisitos: 1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites. 2º) Que sólo cabe no aceptarlo cuando estimar las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Al respecto, sobre la controversia que se examina, este Tribunal se manifestó recientemente en la Resolución 365/2023, de 14 de julio, recurso 312/2023, interpuesto por la misma asociación ahora recurrente y sobre igualmente la aplicación del Convenio colectivo marco estatal. En dicha resolución, en la consideración primera de su fundamento de derecho séptimo, se indica en lo que aquí interesa lo siguiente:

> **<<**Pues bien, sobre la cuestión planteada, este Tribunal se manifestó entre las más recientes en su Resolución 628/2022, de 21 de diciembre. En ella, se indicaba que en su Resolución 237/2020, de 9 de julio, al examinar la impugnación de unos pliegos por haber utilizado en la determinación del presupuesto base de licitación las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación correspondientes al año 2018, que no resultan vigentes en el momento de publicación del anuncio de licitación, fijaba el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para elaborar el presupuesto base de licitación y el cálculo del valor estimado, y que, conforme a lo razonado en aquélla, ha de ser el referido al momento del envío del anuncio o en caso de que no se requiera tal anuncio, al momento de inicio del procedimiento de adjudicación.
>
> Así, en la citada resolución se afirmaba lo siguiente: *«En lo que aquí interesa, conforme a los artículos 100.2, 101.7 y 102.3 de la LCSP, la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (v.g., entre otras, Resoluciones 93/2019, de*

28 marzo, 381/2019, de 14 de noviembre, 400/2019, de 28 de noviembre y 50/2020, de 14 de febrero, de este Tribunal).
En este sentido, el citado artículo 101.7 de la LCSP dispone que el cálculo del valor estimado del contrato, y por ende el presupuesto base de licitación, deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales del mercado, y estar referido al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.».

En similar sentido se ha pronunciado también este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 253/2021, de 24 de junio, 221/2022, de 8 de abril, 420/2022, de 26 de agosto y 225/2023, de 28 de abril.

En el supuesto examinado, el momento temporal que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato es el del envío de la publicación del anuncio de licitación en el DOUE, esto es el 24 de mayo de 2023, por lo que resta por determinar a partir de dicha premisa cuál es el convenio colectivo sectorial de aplicación, ex artículos 100.2, 102.2 y 103.2 de la LCSP, y la vigencia del mismo en ese momento.

Así las cosas, en el presente caso, el convenio sectorial de aplicación es el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (en adelante Convenio sectorial de aplicación), circunstancia que no es objeto de controversia. Resta por analizar, por tanto, cuál estaba vigente a dicha fecha de 26 de mayo de 2023, si el séptimo (VII) como señalan los pliegos y el informe al recurso, o el octavo (VIII) como pretende la recurrente.

Al respecto, en lo que aquí concierne, el artículo 86.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, dispone que *«La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.*
Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.».

Por su parte, el artículo 90.4 del citado ET indica que *«El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes.»*.

Así las cosas, en aplicación del artículo 90 del ET, en relación con el artículo 86.3 de dicho texto legal, un acuerdo que no ha sido presentado ante la autoridad laboral ni registrado tendrá el carácter de extraestatutario, en este caso el VIII Convenio a fecha 26 de mayo de 2023, por lo que solo podrá ser aplicado en aquellos centros de trabajo que se rijan por convenios que hayan perdido su vigencia o que no tengan incorporada regulación sobre la materia concreta objeto del acuerdo extraestatutario, circunstancia que no concurren en el supuesto examinado.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia 1057/2016, de 14 de diciembre de 2016, de la Sección 1 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Recurso 17/2016, que en su fundamento quinto señala lo siguiente:

«1.- (…) Sostiene [la mercantil recurrente] que debió la sentencia recurrida haber mantenido la eficacia y vigencia del pacto en su total integridad, pues el acuerdo había sido adoptado por los sujetos legitimados y no resultaba necesario su depósito y registro, insistiendo en que el acuerdo alcanzado tenía la naturaleza de convenio estatutario.

Al respecto, conviene recordar que la previsión contenida en el artículo 90.2 ET según la que «Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, el convenio será remitido al órgano público competente para su depósito» se encuentra desarrollada en el RD 713/2010, de 28 de mayo sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. En su artículo 2.1. a) dispone que «Serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles: a) Los convenios colectivos de trabajo elaborados conforme a lo establecido en el título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las revisiones salariales que se realicen anualmente en los convenios plurianuales y las motivadas por aplicación de las cláusulas de «garantía salarial», las modificaciones y las prórrogas de los convenios». Dado de que no cabe ninguna duda de que los acuerdos concertados al amparo del artículo 86.3, párrafo segundo, ET son acuerdos que modifican el convenio o los convenios que se pretenden renovar o sustituir durante la negociación del nuevo convenio y que, consecuentemente, son acuerdos de modificación de convenios, la consecuencia lógica es que, de conformidad con la norma reglamentaria que no contradice ningún precepto legal, tales acuerdos deben ser objeto de inscripción en los registros de las autoridades laborales. Pesa sobre las partes firmantes la obligación de presentación de tales acuerdos ante la autoridad laboral a los efectos de su depósito y registro; sin que la fuerza de los anteriores argumentos pueda ser contradicha por los razonamientos que efectúa la recurrente en torno a que el acuerdo era suficientemente conocido en la empresa.

2.- La jurisprudencia de la Sala es constante en exigir para que el convenio pueda ser declarado estatutario que se cumplan las exigencias de depósito ante la Autoridad laboral exigidas por el artículo 90 ET y desarrolladas en el mencionado RD 713/2010, de 28 de mayo. Con independencia de razones ligadas a la literalidad de las normas reseñadas, la naturaleza normativa exige la publicidad oficial del instrumento convencional llamado a regular con efectos erga omnes algunos aspectos de las relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación.

Como pone de relieve la sentencia recurrida, la falta de publicación no significa la pérdida absoluta de eficacia del convenio, ya que no es requisito esencial para su validez, pues el artículo 90 ET sólo sanciona con la nulidad los convenios que no se hayan efectuado por escrito. Por ello, existiendo forma escrita, la ausencia de publicación debida a la inactividad de las partes que no presentan el acuerdo suscrito a la Autoridad Laboral -incumpliendo así la obligación impuesta legal y reglamentariamente- lo único que conlleva es privar al convenio o acuerdo pactado de su fuerza normativa general, es decir, de su carácter estatutario; pero no le priva de aquella fuerza que le es propia y que surge de la voluntad negocial de las partes interesadas, pues aún considerado como extraestatutario tiene eficacia entre las partes.

Nos encontramos, por tanto, ante un Acuerdo que no merece el calificativo de convenio estatutario, sino extraestatutario porque no fue registrado por la autoridad laboral, ni publicado en periódico oficial, relevante cuando se trata de acuerdos colectivos vencidos y denunciados, según la doctrina de esta Sala, sentada, entre otras, en nuestras sentencias de 6 de octubre de 2009 (Rec. 3012/2008), de 19 de enero de 2011 , (Rec. 85/2010), de 9 de marzo de 2011 (Rec. 118/2010), de 23 de octubre de 2012 (Rec. 594/2012) y de STS de 22 de julio de 2013 (Rec. 106/2012).

3.- La consecuencia del carácter extraestatutario del acuerdo logrado que deriva, exclusivamente, de su falta de depósito y registro, -falta que, por otro lado, sólo a las partes firmantes es imputable-, implica que tal acuerdo no pueda disponer válidamente de las previsiones de los convenios colectivos estatutarios que, denunciados y en fase de ultraactividad, seguían aplicables en los centros de trabajo de la empresa. Por ello, con acierto, la sentencia combatida únicamente anuló el párrafo del acuerdo que dejaba sin efecto las previsiones de los convenios estatutarios que se pretendían sustituir relativas a las materias que el propio acuerdo regula; manteniendo la validez de todo lo demás, en el bien entendido de que tal validez tendrá la eficacia propia de los convenios extraestatutarios. Por ello, el acuerdo podrá ser aplicado en aquellos centros de trabajo que se rijan por convenios que hayan perdido su vigencia o que no tengan incorporada regulación sobre distribución irregular de la jornada o disponibilidad horaria en aplicación del apartado 2 del artículo 34 ET que establece que, en defecto de convenio, por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, podrá establecerse la distribución irregular de la jornada.».

En definitiva, la falta de depósito y publicación en este caso del VIII Convenio impide que el mismo tenga carácter estatutario a fecha 26 de mayo de 2023, por lo que no puede afectar a aquellos convenios (como el VII) que, estando en régimen de ultraactividad legal o convencional, regulen las materias que aquel VIII Convenio establece.

El Convenio sectorial de aplicación, en su versión VII, dispone en su artículo 8, sobre la denuncia y prórroga del mismo, que *«El presente convenio queda automáticamente denunciado el día de su firma, constituyéndose la Mesa Negociadora el mismo día. Dicha constitución se registrará ante la autoridad laboral tras haber convocado previamente a las partes legitimadas para formar parte de la misma.*
Denunciado el convenio, en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo, se entenderá que el contenido íntegro del convenio se prorroga provisionalmente hasta tanto no se llegue a acuerdo expreso. Hasta que se llegue a ese acuerdo expreso se incrementarán anualmente, en el mes de enero, los conceptos retributivos en la misma cuantía que el índice de precios al consumo (IPC) real del año anterior, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final del presente convenio.», por lo que el nuevo Convenio sectorial de aplicación, en su versión VIII, en virtud de lo expuesto ha entrado en vigor a partir del 9 de junio de 2023, fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.**>>**.

Así las cosas, como se expuso en la Resolución en parte reproducida, el momento temporal que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato es el del envío de la publicación del anuncio de licitación en el DOUE, esto es el 13 de junio de 2023, por lo que resta por determinar a partir de dicha premisa cuál es el convenio colectivo sectorial de aplicación, ex artículos 100.2, 102.2 y 103.2 de la LCSP, y la vigencia del mismo en ese momento.

Así las cosas, en el presente caso, el convenio sectorial de aplicación es el Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal,

circunstancia que no es objeto de controversia. Resta por analizar, por tanto, cuál estaba vigente a dicha fecha de 13 de junio de 2023, si el séptimo (VII) como señala el PCAP o el octavo (VIII) como pretende la recurrente, a lo que se allana el órgano de contratación en el informe al recurso.

En este sentido, es de aplicación el VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, dado que el mismo fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 137, de 9 de junio de 2023, mediante Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, habiéndose remitido el anuncio de licitación al DOUE con fecha posterior a dicha publicación.

Por lo expuesto, respecto de la aplicación del VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, este Tribunal considera que no existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, quedando a salvo las garantías exigibles a la contratación pública recogidas en el artículo 1.1 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la primera parte del primer motivo del recurso interpuesto, siendo por tanto de aplicación a la presente licitación el VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Acto seguido es preciso analizar la vigencia del I Convenio colectivo del sector de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y su aplicación en su caso a la licitación que se examina.

En este sentido, como se ha expuesto, afirma la recurrente que con fecha 31 de mayo de 2023 se firmó ante el "CARL" el acta de acuerdo del I Convenio colectivo del sector de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el cual a su entender resulta de inequívoca aplicación en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma a todas aquellas personas empleadas del sector con efectos desde el 1 de enero de 2023.

Pues bien, al respecto, no consta que el mencionado convenio haya sido objeto de publicación en el correspondiente boletín oficial, ni la recurrente lo pone de manifiesto, todo lo contrario pues afirma que *«Dicho Convenio será publicado de forma inminente desplegando sus efectos desde el enero de 2023, y con toda seguridad cuando se inicie la ejecución del contrato, este nuevo Convenio Autonómico ya se encontrará vigente y será la norma laboral de aplicación durante toda la vida del contrato que ahora se licita»*, por lo que el mismo no sería de aplicación a la licitación que se examina.

Por lo expuesto, respecto de la aplicación del I Convenio colectivo del sector de ayuda a domicilio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, este Tribunal considera que existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, no pudiendo aceptarse el allanamiento del órgano de contratación a la pretensión contenida en la segunda parte del primero de los motivos del recurso que se analiza.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos la segunda parte del primer motivo del recurso interpuesto.

Segunda. Sobre que el estudio de costes omite determinados conceptos retributivos que se establecen en el Convenio colectivo sectorial de aplicación.

Prima facie ha de ponerse de manifiesto que, respecto del segundo de los motivos denunciados en el escrito de interposición, el informe del órgano de contratación al recurso ni lo menciona. Tal ausencia por parte de dicho

órgano de contratación de alegación alguna que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso, más allá de los contenidos en el procedimiento de licitación (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo, 537/2021, de 10 de diciembre, 465/2022, de 22 de septiembre, 102/2023, 17 de febrero y 278/2023, de 19 de mayo, de este Tribunal, entre otras muchas).

Como se ha expuesto, la recurrente afirma que en la elaboración del presupuesto base de licitación se omiten determinados conceptos retributivos que se establecen en el Convenio colectivo sectorial de aplicación, tales como días de libre disposición, descansos retribuidos, licencias retribuidas, horas sindicales retribuidas, formación del personal, kilometraje (gastos de desplazamiento) y asistencia a reconocimientos médicos.

En este sentido, tal como se ha indicado, la recurrente para reforzar su alegato, entre otras consideraciones, trae a colación la Resolución 57/2023, de 27 de enero, de este Tribunal, a la que manifiesta remitirse íntegramente. Dicha resolución resuelve el recurso 530/2022 interpuesto por la misma asociación que ahora recurre; en ella la recurrente denunciaba la omisión de los conceptos retributivos tiempo de desplazamiento entre personas usuarias, días de libre disposición, descansos retribuidos y horas sindicales retribuidas, señalando este Tribunal que tales conceptos no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla el convenio colectivo de aplicación, de modo que constituyen un coste laboral.

En el supuesto que se examina, en cuanto a los días de libre disposición, el artículo 53.1.B del VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que como se ha analizado anteriormente es el Convenio colectivo sectorial de aplicación, dispone que el personal, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración cuatro días de libre disposición a lo largo del año, considerados a todos los efectos como efectivamente trabajados. Asimismo, respecto de los descansos retribuidos, el artículo 39.1 del Convenio colectivo sectorial de aplicación, dispone entre otras cosas que *«Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, se establecerá un periodo de descanso durante la misma de 15 minutos de duración, que tendrán la consideración de tiempo efectivo de trabajo a todos los efectos»*. En cuanto a las licencias retribuidas, señala la recurrente las relativas a matrimonio, fallecimiento del cónyuge o pareja, intervención quirúrgica de un familiar, traslado de domicilio habitual, etc. Dichas licencias se regulan, asimismo, en el artículo 53 del Convenio colectivo sectorial de aplicación y según el mismo con derecho de remuneración.

Respecto a las horas sindicales retribuidas, el artículo 59 del citado VIII Convenio dispone que la representación del personal dispondrá de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación de acuerdo con una determinada escala en función del número de personas trabajadoras. En cuanto a la formación del personal, dentro del capítulo IV -formación profesional- del mencionado convenio se indica, entre otras consideraciones que la formación se impartirá, según los casos, dentro o fuera de la jornada laboral, o de una forma mixta, en este caso, utilizando la mitad del tiempo de la jornada laboral y la otra mitad fuera de la misma, siendo la asistencia del personal obligatoria cuando la formación se imparta dentro de la jornada laboral. Asimismo, respecto al kilometraje, el apartado H del artículo 42 del Convenio colectivo sectorial de aplicación, relativo a los gastos de desplazamiento, señala que *«La empresa se hará cargo de los gastos de desplazamiento del personal cuando: – A requerimiento de la empresa, dentro de la jornada laboral, la realización del servicio comporte la necesidad de utilizar medios de transporte. – La propia naturaleza del servicio y organización del trabajo impliquen la necesidad de utilizar medios de transporte para su prestación. Ello especialmente en los desplazamientos entre servicios de tipo rural o semirural y durante su cumplimentación por cualquier trabajador o trabajadora.»*.

Por último, en cuanto a asistencia a reconocimientos médicos el artículo 33 del Convenio colectivo sectorial de aplicación, relativo a la vigilancia de la salud, indica en el último párrafo de su apartado 1 que *«Las revisiones se realizarán preferentemente en horas de trabajo cuando coincidan con su turno habitual y, cuando se trate de revisiones obligatorias, el tiempo dedicado a ellas se computará como efectivamente trabajado.»*.

En definitiva, tales conceptos no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla el tantas veces mencionado VIII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, de modo que constituyen un coste laboral que no parece haberse tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto. En este sentido, existen determinados conceptos retributivos que no presentan dudas en cuanto a su frecuencia, periodicidad y certeza como los días de libre disposición, los descansos retribuidos y las horas sindicales retribuidas, por lo que su coste puede estimarse adecuadamente.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las licencias retribuidas denunciadas por la recurrente ya que las mismas no pueden preverse con exactitud, pues no parece razonable que las personas trabajadoras, por ejemplo, contraigan matrimonio de forma relativamente frecuente, ni que pueda haber fallecimientos de forma generalizada que den lugar a dicha licencia. Asimismo, en cuanto a la formación del personal, ésta se impartirá, según los casos, dentro o fuera de la jornada laboral, o de una forma mixta, en este caso, utilizando la mitad del tiempo de la jornada laboral y la otra mitad fuera de la misma, siendo la asistencia del personal obligatoria cuando la formación se imparta dentro de la jornada laboral, no siendo tampoco posible estimar con cierta certeza lo que la misma puede suponer en cuanto a tiempo efectivo de trabajo. También es difícil estimar con cierta exactitud los costes relativos a los gastos de desplazamiento, pues los mismos van a depender de la distancia de las personas trabajadoras al centro de trabajo y particularmente de que en todo o en parte la prestación ha de desarrollarse en más de una población rural o semirural. Por último, igualmente, respecto a la asistencia a reconocimientos médicos solo es posible prever en todo caso los obligatorios.

En definitiva, en todos estos supuestos, en los que no es posible establecer la frecuencia, periodicidad y certeza de su coste, en la elaboración de presupuesto base de licitación, en función de las características de la prestación y del personal que vaya a realizarla, habrá de estimarse razonablemente dentro de los costes laborales el gasto necesario para su ejecución.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)**, contra el pliego de cláusulas

administrativa particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de Ronda» (Expte. 480/2023), convocado por el Ayuntamiento de Ronda (Málaga) y, en consecuencia, anular el acto impugnados para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 72/2023, de 12 de julio.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.