



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 104/2014

Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por el COLEGIO PROFESIONAL DE EDUCADORAS Y EDUCADORES SOCIALES DE ARAGÓN, frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de la gestión integral de 2 hogares infantiles y 3 pisos tutelados para acogimiento residencial de menores tutelados por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales en la ciudad de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de octubre de 2014 se publicó, en el Boletín Oficial de Aragón, el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Servicio de la gestión integral de 2 hogares infantiles y 3 pisos tutelados para acogimiento residencial de menores tutelados por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales en la ciudad de Zaragoza», convocado por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (en adelante IASS), contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, tramitación anticipada, con un valor estimado para los cuatro lotes en que se divide la licitación de 4 563 511,81 euros, IVA excluido.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 20 de octubre de 2014.

SEGUNDO.- El 22 de octubre de 2014 tuvo entrada, en el Registro del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, dirigido al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D^a Pilar Azara Fustero, en su calidad de Presidenta del COLEGIO PROFESIONAL DE EDUCADORAS Y EDUCADORES SOCIALES DE ARAGÓN (en adelante el Colegio), frente a la licitación del contrato. El recurso tiene entrada en el Registro del Tribunal el 23 de octubre de 2014.

La recurrente, anunció previamente, el 3 de octubre de 2014, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- a) Considera el Colegio recurrente que la cláusula de subrogación prevista en los Pliegos incumple la obligación legal de contar con la debida titulación académica o habilitación profesional para ejercer una profesión colegiada como la de Educador Social. Y ello porque se prevé una subrogación del 100% del personal que actualmente presta sus servicios en los Centros, con independencia de la titulación que ostenten. Se exige, por otra parte, que las nuevas contrataciones de Educadores lo sean a personas que tengan la titulación de Graduado o Diplomado en Educación Social o habilitado en el Colegio profesional correspondiente, exigencia acorde con la legislación vigente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

b) Por otra parte, entiende que determinadas previsiones del Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación (en adelante PPT) obligan a la entidad adjudicataria del contrato a asumir unos gastos que están fuera de su objeto. Esta situación provoca, a su juicio, una flagrante violación del deber de tutela de la Administración para con los menores tutelados y la imposibilidad de que los Educadores Sociales desarrollen la tarea que profesionalmente les corresponde, a la que ética y profesionalmente se deben. Consideran que existe una situación de riesgo en los menores, al provocar que la satisfacción de necesidades básicas dependa de las entidades adjudicatarias y no de la Administración que debe asumirlas. Considera que se incumplen así las previsiones de la Ley 12/2001, de la Infancia y la adolescencia en Aragón.

Por lo alegado, solicita que se estime el recurso y se proceda a declarar la nulidad del procedimiento y a la nueva redacción de las condiciones y términos de los Pliegos en lo referente a los defectos puestos de manifiesto en el recurso.

TERCERO.- El día 24 de octubre de 2014, la Secretaria de este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.5 TRLCSP, requirió en subsanación la presentación de la documentación que acredite la representación para interponer el recurso especial de D^a Pilar Azara Fustero. En concreto, su designación como Presidenta del Colegio y la copia de su DNI. El 27 de octubre de 2014 se remite al Tribunal documentación acreditativa de la representación de la firmante.

CUARTO.- El 24 de octubre 2014, el Tribunal solicita al IASS, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor del expediente. El 27 de octubre de 2014 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

Con fecha 29 de octubre de 2014 el Tribunal da traslado del recurso a los siete licitadores presentados a la licitación, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

QUINTO.- El 4 de noviembre de 2014, D. Enrique Santamaría Tosao, en nombre y representación de FUNDACIÓN FEDERICO OZANAM, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, por lo siguiente:

- a) Consideran que el Colegio recurrente carece de legitimación activa, desde el momento que la profesión de Educador social no es una profesión regulada, a tenor de la Directiva 2005/36/CEE y del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, que establece la regulación para permitir el acceso y ejercicio de una profesión regulada en España. A la vista de esta normativa, entienden que el Colegio no puede acotar un sector de la actividad y condicionar la colegiación a una titulación determinada, entre varias, salvo que ésta sea establecida en una norma con rango de ley de manera expresa. Lo contrario iría en contra del principio general de libertad de la competencia y produciría un efecto distorsionador del mercado.
- b) En cualquier caso, la pretensión respecto a la titulación carece de base jurídica, ya que la referencia a «Educador» que se contiene en la licitación impugnada no se constriñe a las personas que ostentan la titulación profesional, sino a un grupo profesional en el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que tienen cabida varias titulaciones (en línea con lo recogido en el artículo 27 del II Convenio Colectivo Estatal de reforma juvenil y protección de menores). Es en todo caso competencia de la Administración fijar en los Pliegos el perfil requerido y la titulación exigida, lo que figura en la cláusula II del PPT.

- c) Entienden que no cabe así plantear la subrogación únicamente a los trabajadores que reúnan los requisitos de titulación o habilitación exigidos para el ejercicio de la profesión de Educador Social, pues ello supondría que todos los trabajadores de atención directa a los menores deberían tener esa titulación, obligación que no contemplan ni los pliegos recurridos, ni la legalidad vigente.
- d) Señalan, por último, que durante estos años, el equipo profesional de los centros ha estado compuesto por distintos titulados universitarios con diplomaturas, licenciaturas y grados en Ciencias humanas y/o Sociales, seleccionados teniendo en cuenta la complejidad del trabajo socioeducativo y la riqueza que supone disponer de un equipo de formación y experiencia multidisciplinar, lo que ha sido valorado y apoyado por el IASS.

SEXTO.- El 4 de noviembre de 2014, D^a Teresa Soro Andiano en nombre y representación de FUNDACIÓN PICARRAL, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación, con idénticas alegaciones a las de FUNDACIÓN FEDERICO OZANAM, que se sintetizan en el antecedente anterior.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

PRIMERO.- Resulta necesario analizar, en primer lugar, si la Presidenta del COLEGIO PROFESIONAL DE EDUCADORAS Y EDUCADORES SOCIALES DE ARAGÓN está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación.

Conforme a la doctrina ya consolidada por este Tribunal administrativo en relación a la legitimación activa en los supuestos de interesados que representan intereses colectivos —entre otros, Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la Asociación Plataforma de Empresarios Hosteleros de Aragón; Acuerdo 52/2014, de 11 de septiembre, frente a recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros de Montes; y Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón—, se otorga legitimación a los Colegios Profesionales, para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, que permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que debe presidir el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, de conformidad con sus Estatutos.

Este Tribunal administrativo —al igual que sus homólogos— viene admitiendo un concepto amplio de legitimación, que reconoce la misma a quienes aleguen un interés directo o legítimo. Así, en tanto se acredite ese especial vínculo con la finalidad del recurso especial, existirá legitimación activa y permitirá al Tribunal analizar el fondo del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

asunto, para decidir sobre la legalidad de las distintas actuaciones de un procedimiento de licitación.

En el concreto caso analizado, se debe admitir la legitimación del Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales para impugnar la cláusula del PPT relativa a la subrogación del personal en lo que respecta al *«deber de subrogar el 100 % del personal que en la actualidad están desarrollando su actividad en cada centro. Todas las nuevas contrataciones que la empresa adjudicataria realice posteriormente en la categoría de Educador deberán efectuarse a profesionales titulados en Educación social o en su caso a profesionales habilitados por los Colegios Profesionales correspondientes»*. Y esto es así porque existe un interés legítimo consistente en la defensa de las condiciones y el ejercicio profesional, donde la solución que se dé a la controversia afecta de forma efectiva a los intereses de sus colegiados.

Por estas mismas razones, no puede otorgarse legitimación para impugnar las cláusulas del PPT que la recurrente entiende que obligan a la entidad adjudicataria del contrato a asumir unos gastos que están fuera de su objeto y para lo que alegan la restricción de los derechos básicos de los menores tutelados, cuestión ésta que excede del ámbito de actuación del Colegio Profesional; debiendo inadmitirse este motivo de recurso.

SEGUNDO.- Queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la aprobación de los Pliegos de un contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).

TERCERO.- En cuanto al plazo de interposición del recurso —cuya extemporaneidad mantiene el IASS en su informe al mismo—, cuando se impugnan pliegos, dispone el artículo 44.2.a) TRLCSP que el plazo de impugnación es de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

El artículo 158 TRLCSP establece que *«cuando no se haya facilitado el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas».*

Ciertamente se trata de un precepto que genera cierta confusión. Este Tribunal entendió desde un inicio que procedía una interpretación de esta regulación que garantizase el mayor efecto útil de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos. Por ello, ante la indeterminación del momento en que los pliegos *«han sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento»*, se acordó aplicar el criterio interpretativo por el que se entendía que el *dies a quo* se produce cuando se acredita que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

se tuvo conocimiento de los pliegos, o desde el día final de plazo de presentación de proposiciones, cuando no se pueda conocer tal día.

Este Tribunal es conocedor de la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011 del TACRC, en la que se afirma que: *«(...) no puede sostenerse jurídicamente el criterio que el TACRC mantiene de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones»*. Esta interpretación de la Audiencia Nacional —que todavía no es jurisprudencia consolidada— explica el cambio de criterio en el TACRC, aceptado y recogido desde su Resolución 534/2013, de 22 de noviembre y en la Memoria del citado Tribunal Central del ejercicio 2013. Tesis igualmente aceptada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

Sin embargo, la tesis expuesta en dicha Sentencia, aunque bien argumentada desde una perspectiva formal, no es compartida por este Tribunal administrativo, que mantiene el criterio de sus Acuerdos anteriores. Y ello por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, porque, siendo el recurso especial un recurso potestativo, el sistema de cómputo de plazos debe interpretarse en el contexto de la eficacia útil del recurso que exige la Directiva 89/665. Este carácter no preclusivo del recurso especial aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

posibles ilegalidades, de manera que el plazo para interponer el recurso inicie su cómputo en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJCE de 28 de enero de 2010, Uniplex, C-406/08, apartados 30 a 32). Desde esta doctrina del TJUE, entender como *dies a quo* la publicación en el perfil puede suponer una limitación a la efectividad del recurso, que no se puede explicar por la necesaria celeridad del procedimiento de recurso especial, pues, al no tener carácter preclusivo, siempre quedará expedita la vía contencioso-administrativa, con lo que la finalidad de la causa de inadmisión por extemporaneidad queda desnaturalizada. Por ello, una interpretación «amplia» del día de inicio del plazo, en nada perjudica al interés público, más bien al contrario.

b) En segundo lugar, porque los plazos de impugnación deben ser claros y ciertos. La certeza del plazo de impugnación —que es clara y evidente en cuanto a la impugnación de los actos de trámite o de adjudicación de la licitación—, no sólo no existe en el supuesto de la impugnación de los pliegos, sino que se complica al hacer depender la misma de la interpretación de un concepto jurídico indeterminado (el concepto de «puesta a disposición») que admite diferentes lecturas o apreciaciones.

c) En tercer lugar, y en cuanto atañe a este recurso, porque el propio pliego, como podría haber hecho, no aclara la cuestión, al reproducir la cita literal de la Ley —con error en cuantías del recurso y denominación del órgano de control—, y sin mencionar la propia Ley 3/2011 de Aragón. La oscuridad del plazo de impugnación no ha sido resuelta por el pliego y, por ello, puede considerarse que hay una información defectuosa sobre los plazos de impugnación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Y, dado que la doctrina del Tribunal de Aragón es de directa aplicación y no ha sido ni siquiera cuestionada, debe ser ésta la que sirva de parámetro interpretativo.

Criterio interpretativo que también, con matices, adopta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (aceptado, lógicamente, por el órgano de recursos contractuales del País Vasco), en su Sentencia número 553/2013, de 28 de octubre, que sostiene —sin que exista tampoco jurisprudencia consolidada— por su parte que: *«El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.*

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.

La interpretación de la recurrente por lógica que se considere, entendiéndose desde la perspectiva de la actio nata consustancial a los plazos -sobre todo civiles- de la prescripción (artículo 1.969 del Código civil) no puede ser aceptada respecto a normas administrativas asentadas en otros criterios de cómputo que atienden como decimos no a la fecha en que interesado pudo conocer motu propiu el documento sino a la fecha en que ciertamente lo recibió o pudo disponer de él por alguno de los medios ad usum -informáticos- señalados por la norma».

d) En cuarto lugar, y como argumento adicional para explicar la doctrina «amplia» de este Tribunal, hay que poner de relieve la especialidad y particularidad que supone el plazo de impugnación de pliegos. En la impugnación de pliegos la legitimación activa es más amplia —como se ha justificado en el fundamento de derecho primero de este Acuerdo— y donde una declaración de caducidad del recurso conlleva la imposibilidad de cuestionar en otro momento procedimental —salvo vicio de nulidad— cualquier motivo de invalidez por aplicación del principio según el cual el pliego, por consentido, es firme y *lex contractus*.

En definitiva, una interpretación restrictiva laminaría de hecho los casos de legitimación activa de interesados que representan intereses colectivos —Asociaciones empresariales, Colegios profesionales, sindicatos, etc. — lo que condicionaría una de las propias esencias del recurso especial, que descansa en la idea de garantizar de forma efectiva el derecho a una buena administración.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En conclusión, este Tribunal administrativo, a expensas de la reforma o modificación del TRLCSP, o de una jurisprudencia que consolide una u otra interpretación de la Ley, considera conveniente mantener la doctrina relativa a que el plazo de quince días de impugnación de pliegos debe ser interpretado de conformidad a la doctrina del TJUE, lo que implica que el mismo se iniciará cuando efectivamente tenga acceso a los mismo el interesado y, en su defecto, en ausencia de otra previsión legal, desde la finalización del plazo de presentación de proposiciones. Esta interpretación es compatible con la regla de que cualquier interesado, con una diligencia normal, se encuentra en condiciones efectivas de interponer un recurso contra las eventuales infracciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, y con la doctrina de la STJUE 11 de octubre de 2007, Lämmerzahl, en la que se indica que «... los plazos de caducidad nacionales y sus condiciones de aplicación no deben, por naturaleza, imposibilitar ni dificultar excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario confiere, en su caso, al interesado» (apartado 52). En definitiva, que los plazos y su cómputo para interponer recursos en materia de contratación, no deben dificultar la posibilidad de los interesados de recurrir las decisiones y actos impugnables, debiendo realizarse una interpretación de los preceptos aplicables acordes con el principio de seguridad jurídica, de modo que no se reste de eficiencia y transparencia a la actividad de contratación administrativa.

Pues bien, aplicando al caso presente el criterio anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo, toda vez que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes al de conclusión de presentación de proposiciones (20 de octubre de 2014).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

CUARTO.- Alega y sostiene el Colegio recurrente, que la cláusula de subrogación prevista en los Pliegos incumple la obligación legal de contar con la debida titulación académica o habilitación profesional para ejercer una profesión colegiada como la de Educador Social. Y ello porque se prevé una subrogación del 100% del personal que actualmente presta sus servicios en los centros, con independencia de la titulación que ostenten. Se exige por otra parte que las nuevas contrataciones de Educadores lo sean a personas que tengan la titulación de Graduado o Diplomado en Educación Social o habilitado en el Colegio profesional correspondiente, exigencia acorde —a su juicio— con la legislación vigente.

En definitiva plantea el Colegio recurrente, que la cláusula VIII del PPT, que regula la subrogación del personal, al objeto de dar cumplimiento a lo especificado en el apartado P del cuadro resumen del PCAP, es contraria a la Ley 9/2005, de 10 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de Aragón, pues en su artículo 4 dispone que *«la previa incorporación al Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de Aragón será requisito necesario para el ejercicio de esta profesión en la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de colegios profesionales de Aragón y en la legislación básica estatal»*.

Varias son las consideraciones jurídicas que merece la alegación colegial en punto a determinar la legalidad o ilegalidad de la previsión contenida en la cláusula VIII del PPT, en cuanto a la subrogación del personal prevista.

En primer lugar el recurrente incurre en el error de identificar el ejercicio de la profesión de *«Educador social»* con la categoría de *«Educador»*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, y con el perfil de «Educador» del PPT. El desempeño de la categoría profesional de «Educador», según convenio y PPT, no requieren ni exigen la titulación de «Educador social», dado que no existe correspondencia entre el ámbito competencial y de titulación del PPT con el ámbito del Colegio Profesional de Educación Social. Y así se pone de manifiesto en el informe de 22 de agosto de 2014, de la letrada de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón, que obra en el expediente; y en el Informe de la Secretaría del IASS, de 27 de octubre de 2014, que se acompaña a la remisión del expediente.

En segundo lugar que el PPT no hace, y no puede hacer otra cosa, sino recoger lo dispuesto en el II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, registrado y publicado por Resolución de la Dirección General de Empleo de 13 de noviembre de 2012, en el BOE núm. 285, de 27 de noviembre; que es el Convenio Colectivo vigente al tiempo de la licitación y de la futura subrogación de la empresa saliente (en el supuesto de que así fuera).

El Convenio estatal impone, a la empresa que sustituyere a la actual, la obligación de subrogarse en todo el personal, pues además (y aún el caso de entenderse que fuera válido un pacto de exclusión de convenio) concurrirían los presupuestos del artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante ET), que impone a la empresa que entrara en sustitución de la actual la obligación de subrogarse en la relación laboral —toda vez que la empresa que sucede continúa en la actividad que desarrollaba la saliente—, asumiendo todo el personal de ésta, único activo y principal de estas empresas.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En tercer lugar porque, tal y como argumenta la STSJ de Andalucía de Sevilla de 16 de marzo de 2010:

«es cierto que la exigencia de título puede constituir no sólo requisito inexcusable para la realización de una actividad profesional, en cuyo caso sólo se puede adquirir la categoría si se ostenta la titulación requerida, sino también impedimento para que puedan realizarse, aun accidentalmente, las funciones correspondientes, en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación y su violación puede ocasionar infracciones de otro orden (así, el delito de intrusismo). Pero en otros casos el título no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición por convenio colectivo o pliego de condiciones tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada (STS de 12 de febrero de 1997 RJ 1261)».

Pues bien, para acceder a la categoría de «Educador» del PPT, no es requisito esencial estar en posesión de la titulación de educación social o, en su caso, disponer de la habilitación profesional, por mucho que tal exigencia la fije el pliego de condiciones —para las futuras contrataciones de la empresa que suceda a la actual en virtud de la licitación que se proyecta—; y ello es así, porque ni el PCAP ni el PPT son fuente de obligaciones laborales —los pliegos son fuente de obligaciones empresariales, que no pueden desconocer la existencia y realidad de las relaciones laborales que existen en la prestación del servicio—; porque el convenio de aplicación, que es el de la empresa saliente, no exige tal titulación; y porque existiendo titulaciones fungibles se mantiene ese nivel técnico en la intervención social con cualesquiera de títulos similares.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Y es que, y para finalizar, no puede ignorarse que la solución más armónica posible desde la perspectiva del artículo 44 ET y de las Directivas de aplicación, consiste en garantizar a los trabajadores afectados por una transmisión de empresa el mantenimiento de los derechos que resulten de su contrato o de su relación laboral (SSTJCE de D'Urso y otros, C-362/89 [TJCE 1991\250] y Watson Resk, C-209/1991 [TJCE 1992\184], entre otras) y así al subrogarse en el contrato de la empresa saliente es indudable que quedan garantizados los derechos básicos de los trabajadores afectados, entre los que se encuentra el de una ocupación efectiva, realizando el trabajo correspondiente a su puesto y categoría, artículo 4.2. a) ET, al poder continuar con las mismas actividades que hasta entonces venían desempeñando, para los que no olvidemos el Convenio no exige esa titulación.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la propia jurisdicción social. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, de 10 de septiembre de 2010, con cita y referencia a diversas sentencias —entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo en recurso para unificación de doctrina de fecha 15 de diciembre de 1997, y la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 1 de diciembre de 2004, recurso 2336/2004—, en asunto con evidente similitud, sostiene que:

«(...) si el convenio colectivo aplicable establece que en determinadas condiciones debe producirse una subrogación empresarial y ésta no se admite por la empresa cesionaria alegando una hipotética falta de titulación de un trabajador, esa causa de inadmisión, no contemplada en convenio, no puede amparar el rechazo a la subrogación empresarial. La citada Sentencia de esta Sala dictada en recurso 2364/00 examinó precisamente el problema que se acaba de indicar: la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

negativa de una empresa de seguridad que se negó a subrogarse como empleadora de un trabajador de la previa empresa contratista basándose en la falta de titulación de dicho trabajador».

Por tanto, expuesto lo anterior, desde un punto de vista laboral la cuestión está resuelta. Y resuelta en dicho ámbito también debe considerarse solucionada en el plano administrativo, habida cuenta que las condiciones de la subrogación en cuanto a los trabajadores que son asumidos por la empresa adjudicataria son reguladas conforme la legislación laboral. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 13 de febrero de 2001, recurso de casación número 2612/1995.

Debe, por lo expuesto, desestimarse este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y con el voto particular que formula el vocal D. Miguel Ángel Gil Condón, incorporado al final del cuerpo de este Acuerdo, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Dª Pilar Azara Fustero, en nombre y representación del COLEGIO PROFESIONAL DE



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

EDUCADORAS Y EDUCADORES SOCIALES DE ARAGÓN, frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de la gestión integral de 2 hogares infantiles y 3 pisos tutelados para acogimiento residencial de menores tutelados por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales en la ciudad de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, respecto de la legalidad de la cláusula de subrogación de personal prevista.

SEGUNDO.- Inadmitir el recurso especial en todo lo demás, por falta de legitimación del recurrente.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

VOTO PARTICULAR que formula el Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón don Miguel Ángel Gil Condón respecto del Acuerdo 67/2014, de 10 de noviembre de 2014, dictado en el recurso especial número 104/2014, interpuesto por el Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales

Con el máximo respeto al criterio mayoritario de mis compañeros en la adopción de este Acuerdo, debo manifestar mi parecer discrepante respecto a la admisión del recurso, por entender que el recurso debía haber sido inadmitido por haber finalizado el plazo de interposición del mismo, con base en los siguientes argumentos jurídicos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Primero.- Comparte este vocal los argumentos expuestos en el presente Acuerdo en cuanto a la legitimación del recurrente y respecto al fondo del recurso.

Segundo.- Sin embargo, por lo que se refiere al plazo de interposición del recurso, la cuestión radica en determinar si éste ha sido interpuesto o no dentro del plazo legalmente previsto, y cuya extemporaneidad mantiene el órgano de contratación en su informe al recurso.

Cuando se impugnan pliegos, determina el artículo 44.2.a) TRLCSP que el plazo de interposición es de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

El artículo 158 TRLCSP establece que *«cuando no se haya facilitado el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas»*.

La interpretación de esta regulación debe hacerse a la luz de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos. Por ello, ante la indeterminación del momento en que los pliegos *«han sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento»*, los órganos encargados de la resolución del recurso especial siguieron dos criterios; el primero mayoritario y seguido por este Tribunal, en el que se entendía que el *dies a quo* se producía cuando se acredita que se tuvo conocimiento de los pliegos o desde el día final de plazo de presentación de proposiciones, cuando no se pueda conocer tal día. Y el seguido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que considera la fecha de publicación en el perfil de contratante como fecha de puesta a disposición de los pliegos, pero en este caso porque la propia normativa andaluza de desarrollo de la materia establecía como obligatoria la publicación de los pliegos en el perfil de contratante.

Así, desde su Acuerdo 19/2011, de 11 de agosto, este Tribunal ha venido manteniendo que cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa a los interesados (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debía entenderse, como consideraba el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), *«que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores»*.

Sin embargo, este criterio ha sido rebatido, de manera muy argumentada, por la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, dictada en el recurso 264/2011 del TACRC, que se pronuncia en el siguiente sentido: *«(...) no puede sostenerse jurídicamente el criterio que el TACRC mantiene de que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones, en este caso el día 27 de diciembre de 2010, por varias razones:*

A.- Porque es el propio anuncio el que hace constar que el Pliego puede recogerse de las oficinas, por lo que los interesados pudieron tener acceso a los mismos desde ese momento, sin que pueda alegarse desconocimiento de una publicación oficial (BOE y DOUE), o si desde luego se alega, no es jurídicamente vinculante.

B.- Porque la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo, ya sea la publicación o ya sea la solicitud del interesado solicitando su remisión, no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los mismos.

C.- Porque y enlazando con el argumento anterior, la eficacia de una norma, en este caso los pliegos, no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos, para que en este último caso se interprete la norma de manera favorable a aquél que con su actuación negligente, pasiva o abusiva impidió tomar razón de los mismos, interpretación ésta además acorde con la que en materia de obligaciones y contratos se sigue en el Código Civil art. 1262.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

D.- Por último porque el plazo de interposición del recurso es improrrogable y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor, por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio. Dicha interpretación es arbitraria y contraria a derecho».

Esta interpretación provocó un cambio de criterio en el TACRC, aceptado y recogido desde su Resolución 534/2013, de 22 de noviembre y en la Memoria del citado Tribunal Central del ejercicio 2013. En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que adaptó en este sentido su «Guía informativa sobre regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y procedimientos seguidos ante el mismo» por Resolución 2/2013, de 4 de diciembre, y que desde entonces mantiene este criterio (entre otras, Resolución 80/2014, de 14 de mayo); y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (entre otras, Resolución 30/2014, de 20 de marzo).

Este nuevo criterio no ha sido adoptado por el Órgano administrativo de recursos contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que mantiene la doctrina inicial de la mayoría de Tribunales administrativos de contratos públicos, confirmada en su ámbito territorial por la Sentencia número 553/2013, de 28 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Tercero.- Comparte este vocal los fundamentos y argumentos establecidos por la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013, y la línea doctrinal mantenida como consecuencia de dicha Sentencia, de manera mayoritaria por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Así por ejemplo, lo afirma el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 80/2014, cuando señala: *«El Tribunal debe salvaguardar la posibilidad de recurso invocando los motivos de violación de la legalidad en apoyo del mismo, pero al mismo tiempo debe garantizar el respeto al principio de efectividad que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, y la aplicación de la legislación española de contratos del sector público que configura el plazo para la interposición del recurso como un plazo de caducidad. La caducidad es una consecuencia de la exigencia de celeridad. Significa que si la presentación no se hace dentro de un lapso de tiempo perentorio se pierde el derecho a entablar la acción*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

correspondiente. La única forma de evitar la caducidad de la acción es ejerciéndola formalmente ante la instancia competente.

El principio de seguridad jurídica justifica que no se pueda impugnar cuando ha transcurrido el plazo legal, pues en caso contrario se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación. Los plazos de admisibilidad constituyen normas de orden público que tienen por objeto aplicar el principio de seguridad jurídica regulando y limitando en el tiempo la facultad de impugnar las condiciones de un procedimiento de licitación. El plazo de interposición es también consecuencia del principio de eficacia y celeridad que rigen el recurso ya que una resolución tardía produce inseguridad jurídica en los licitadores; además alarga la tramitación del procedimiento, pues el órgano de contratación continúa el mismo encontrándose la sorpresa que en un momento muy avanzado de la tramitación, como puede ser después de la apertura de las ofertas e incluso de la adjudicación, aparece un recurso contra los pliegos reguladores de la adjudicación; y finalmente reduce el riesgo de recursos abusivos. El recurso debe formularse dentro del plazo fijado al efecto y cualquier irregularidad del procedimiento que se alegue debe invocarse dentro del mismo so pena de caducidad, garantizando así el principio de efectividad del recurso».

Cuarto.- Pues bien, teniendo en cuenta que el anuncio de la licitación se publicó en el Boletín Oficial de Aragón el 3 de octubre de 2014, que los Pliegos estaban a disposición de los interesados en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón desde el 3 de octubre de 2014, y que el recurso tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el 23 de octubre de 2014; hay que concluir que el mismo es extemporáneo, pues el *dies ad quem* es el 22 de octubre de 2014; empezando a contar el plazo para interponer el recurso el día 4 de octubre, día siguiente al que se completó la publicidad de la convocatoria en los términos del artículo 142 TRLCSP, es decir, diario oficial y Perfil de contratante.

Ello con independencia de que el recurso se presentara en el Registro General del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente el día 22 de octubre de 2014, puesto que es doctrina consolidada de este Tribunal (entre otros Acuerdos 11/2013, 12/2013, 29/2013, 35/2013 y 73/2013), que una de las especialidades del recurso especial, para garantizar la rápida tramitación de cara al cumplimiento de las prestaciones del contrato objeto de recurso, es que el mismo debe interponerse, cuando el acto que se recurra sea un acto de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

trámite, «en el plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción» y presentarse, o en el Registro del órgano de contratación, o en el del órgano competente para su resolución, de conformidad con lo exigido por el artículo 44.3 TRLCSP «La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso». La fecha de entrada en cualquiera de ellos determina el cumplimiento de la obligación de presentación en plazo.

Se debe tener en cuenta además, que la presentación del recurso en una oficina de Correos, en el registro de un Tribunal distinto, o en un Registro que no sea el del órgano de contratación, frente a la regla general de los procedimientos administrativos contenida en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común — que regula la presentación por los ciudadanos de documentos dirigidos a las Administraciones Públicas en los registros de cualquier órgano administrativo— no es de aplicación en este procedimiento, de carácter especial, por su propia naturaleza.

De la documentación del expediente se advierte y queda acreditado, que el recurso especial fue presentado, en un Registro distinto al del órgano de contratación o del Tribunal, en concreto el Registro General del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, el 22 de octubre de 2014, y tuvo entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el día 23 de octubre. Como quiera que, a juicio de este vocal, el *dies ad quem* era el día 22 de octubre, el recurso es extemporáneo.

En consecuencia, por todo lo anterior, a juicio de este vocal procedería declarar la inadmisión del recurso presentado, por extemporaneidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 d) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Y este es mi parecer, que emito con pleno respeto a mis compañeros y a su acuerdo.