

Recurso 526/2024
Resolución 513/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN PATRONAL ANDALUZA DE ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL Y ACCIÓN SOCIAL**, contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de orientación, asesoramiento e inserción social y laboral para menores y jóvenes del sistema de protección de menores de Andalucía, modalidad COILS, dentro del programa de adquisición de competencias sociolaborales (PACS)», (Expediente CONTR 2024 0000606338), convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 15 de octubre de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación por procedimiento abierto y urgente 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 15 de octubre de 2024, con un valor estimado de 11.074.217,60 euros.

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. Asimismo, se regirá por las disposiciones del Decreto 41/2018 de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía.

SEGUNDO. El 5 de noviembre de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del procedimiento de presentación electrónica de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN PATRONAL ANDALUZA DE ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL Y ACCIÓN SOCIAL (en adelante APAES, la recurrente o la asociación recurrente) contra el anuncio de licitación y los pliegos.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 6 de noviembre de 2024, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 8 de noviembre de 2024.

Por Resolución M.C. 134/2024, de 12 de noviembre, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitado por la asociación recurrente, así como la del plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por las personas interesadas. Dicha resolución fue remitida al órgano de contratación el mismo día 12 de noviembre de 2024 a las 14:35:28 horas.

Con fecha 13 de noviembre de 2024, por la Secretaría de este Órgano se solicita a la entidad contratante que aporte listado en el consten todas las empresas licitadoras que hayan presentado oferta en el procedimiento de adjudicación, hasta la fecha en la que se adopta la citada medida cautelar 134/2024, esto es hasta el 12 de noviembre de 2024.

Dicho día 13 de noviembre de 2024 se recibe del órgano de contratación correo electrónico en el que se manifiesta que figuran dos ofertas presentadas el día 12 de noviembre de 2024, una a las 20:50 horas al lote 3 y otra a las 21:51 horas al lote 4, esto es, una vez adoptada -y en este caso comunicada- la citada medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la asociación recurrente, así como del plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por las personas interesadas, por lo que no ha sido necesario dar trámite de alegaciones al constar la inexistencia de entidades licitadoras a la fecha de suspensión del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

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 anuncio de licitación y los pliegos, y ello por entender que en aquellos se incumplen algunos aspectos relacionados, entre otros, con el presupuesto base de licitación y, por ende, con el valor estimado del contrato.

Al respecto, en el artículo 6 de los estatutos de la asociación recurrente se indica que su objeto principal será la defensa de los intereses económicos y sociales de las personas empresarias integradas en la misma, ante los organismos públicos y privados.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus personas asociadas, 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 anuncio de licitación y los pliegos en un contrato administrativo especial 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, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 15 de octubre de 2024, día en que los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil de contratante, por lo que computando desde dicho día el recurso presentado el 5 de noviembre de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

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 anuncio y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo declare la nulidad o anulabilidad de la licitación y de los pliegos.



1. Alegaciones de la asociación recurrente.

El recurso en esencia denuncia que el presupuesto base de licitación incumple lo establecido en los artículos 100.2, 101.1 y 102.3 de la LCSP, en relación con el artículo 122 de la citada LCSP. En este sentido, en síntesis, denuncia la recurrente:

(i) Que determinados complementos salariales de aplicación no están previstos en los pliegos. Al respecto, la recurrente cita y reproduce en parte los apartados 2 y 4.D del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), tras lo cual afirma que conforme al IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, en vigor al momento de anunciarse la licitación, no se han tenido en cuenta en los pliegos los complementos salariales de antigüedad, nocturnidad y festividad, recogidos respectivamente en los artículos 63 a 65 -que reproduce- del citado Convenio.

En este sentido, repite el último párrafo del apartado 4.D del anexo I del PCAP, relativo al compromiso de dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución, que indica lo siguiente: «La Entidad adjudicataria además de cumplir, respecto de las personas trabajadoras vinculadas a la ejecución del contrato, las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo, deberá cumplir el Convenio Colectivo aplicable, respetando las condiciones que en él se establecen. Igualmente, la Entidad gestora deberá promover la igualdad de género entre hombres y mujeres.».

Asimismo, del apartado 2 del citado anexo I del PCAP señala el siguiente párrafo: «El coste de personal se ha aplicado a todos los efectivos, un trienio, por ser requisito de solvencia técnica la experiencia. En los centros donde no se contempla la figura del director se ha aplicado un complemento de dirección para un miembro del personal técnico o educativo. Para el año no contemplados en el IV Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores se ha estimado un incremento anual del 2,5%.». (en ambos párrafos precedentes el subrayado es del recurso)

Sobre ello, indica la recurrente que no existe previsión alguna en los pliegos acerca de los complementos salariales de nocturnidad y festividad que sí se prevén en el Convenio colectivo de aplicación, sin que tampoco se diga nada de los complementos de antigüedad a percibir por aquellas personas trabajadoras que acumulen más de un trienio (más de 44 personas trabajadoras). En este sentido, señala el recurso que un gran número de personas trabajadoras a subrogar acumulan ya, a fecha del anuncio de licitación más de un trienio, conforme se recoge en el anexo XXI del PCAP, relativo a la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a subrogar.

En definitiva, a juicio de la recurrente el presupuesto base de licitación no prevé el coste real de personal de aquellas personas trabajadoras cuya antigüedad acumule más de un trienio, con patente infracción de los artículos 100.2, 101.2 y párrafo segundo del 102.3, en relación con el artículo 122 de la LCSP, sin que tampoco establezcan los pliegos el modo de compensación o retribución de las horas festivas del personal que deba realizar su actividad laboral en los festivos previstos en la legislación vigente y expresado en el “Estatuto de los Trabajadores”.

Por último, en cuanto al complemento de nocturnidad, la recurrente cita y reproduce en parte el siguiente párrafo del citado apartado 4.D del anexo I del PCAP, cuyo tenor es el siguiente: «Se entiende jornada laboral completa a una jornada anual máxima de tiempo de trabajo efectivo de 1.722 horas y distribución semanal de 38,5 horas. En caso de modificación de la legislación laboral en esta materia se deberá estar a lo dispuesto en la misma», el apartado 1 de la cláusula 2.2.2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), en el que se señala que desde todos



los programas de acogimiento residencial se proporcionará a las personas menores las siguientes prestaciones básicas: «1. Atención integral al conjunto de sus necesidades básicas de alojamiento, salud, educación, vestuario, ocio y cultura que posibilite su adecuado desarrollo físico, psíquico y social, ejerciendo adecuadamente la función de guarda, en un ambiente de coeducación y respeto a la diversidad, afecto, comprensión y seguridad emocional y material. Para ello, se les acompañará en la elaboración de su historia de vida», y el tercer párrafo de la cláusula 1.a del pliego de prescripciones técnicas (PPT), que indica que: «En este sentido, la consecución de la autonomía personal, la plena integración social y laboral y su preparación para la vida independiente deben ser de máxima prioridad en el proceso de atención integral de adolescentes en acogimiento residencial y jóvenes, que, tras cumplir la mayoría, quedan fuera del sistema de protección, que no disponen, como se ha manifestado, de redes de apoyo social y familiar, ni vivienda ni recursos económicos suficientes para afrontar la vida en solitario. Sin estos apoyos, muchos de ellos, quedarían en situación de exclusión social. (...)».

Tras lo cual la recurrente afirma en esencia que los pliegos nada establecen acerca del horario de las personas trabajadoras, por lo que no puede calcularse de antemano, cuál será el coste real de este complemento de nocturnidad, y ello a pesar de que el servicio a prestar es de carácter integral, por cuanto incluye alojamiento y función de guarda, por lo que necesariamente se habrán de realizar tareas en horario nocturno, no acreditándose en los pliegos de qué forma se distribuye ese horario nocturno ni cuánto personal habrá de realizar horas nocturnas (comprendidas entre las 22:00 y las 6:00 horas aproximadamente).

(ii) Que las modificaciones normativas que la empresa adjudicataria ha de asumir han de preverse en los pliegos. Al respecto, reproduce la asociación recurrente la cláusula 12 del PPT, relativa a las modificaciones normativas, que señala lo siguiente: «Durante la vigencia del contrato, la entidad adjudicataria estará obligada a aceptar las consecuencias derivadas de las modificaciones normativas que puedan afectar a las condiciones establecidas en cualquiera de los documentos contractuales. En lo no previsto en el presente pliego de prescripciones técnicas, se estará en lo que la normativa que le resulte de aplicación disponga.».

En este sentido, afirma la recurrente que esta cláusula del PPT implica que, en caso de acontecer alguna modificación normativa durante la ejecución del contrato, estas habrían de ser aceptadas y asumidas por la propia entidad adjudicataria, con independencia de suponer una modificación de las condiciones del contrato originario, lo que es contrario a la LCSP ya que, de conformidad con lo establecido en tal norma, las posibles modificaciones han de ser previstas en los pliegos.

(iii) Que determinados gastos directos e indirectos han sido estimados de forma incorrecta. Inicia la asociación recurrente el presente motivo de recurso reproduciendo los párrafos que se refieren a otros gastos directos y a los gastos indirectos, contenidos todos ellos en el citado apartado 2 del anexo I del PCAP, tras lo cual señala que para calcular dichos gastos acude el órgano de contratación a la encuesta de presupuestos familiares (EPF) del Instituto Nacional de Estadística (INE) del año 2022, sin tener en cuenta que el 27 de junio de 2024 (antes de publicarse el anuncio de licitación el 15 de octubre de 2024) se publica por el INE la EPF correspondiente al año 2023, lo que supone que el órgano de contratación no se ajusta a la realidad, a la hora de calcular los costes directos e indirectos, pues emplea datos desactualizados.

Acto seguido, señala que el gasto en vivienda que refleja el presupuesto base de la licitación (3%) es inadecuado y no se ajusta a la realidad, por cuanto no toma en cuenta la tasa de variación anual del índice de precios de vivienda (IPV) actualizada por el INE al 7,8%, a fecha 5 de septiembre de 2024, y por tanto antes de la publicación del anuncio de licitación.

En este sentido, señala que la previsión de gastos es totalmente lineal y fija sin que se tengan en cuenta las actualizaciones conforme al índice de precios al consumo (IPC), ni las previsiones de la EPF, ni el IPV ni otros



indicadores de gastos. Para reforzar su argumentación reproduce los cuadros informativos de la determinación del precio de los lotes 1 a 6, contenidos en el mencionado apartado 2 del anexo I del PCAP.

Sobre ello, indica que, si se toma la evolución del gasto medio en alimentación por hogar en España en los últimos años según el INE, se puede apreciar una evolución creciente y constante del gasto medio en hogar de alimentación, sin que sea posible advenir que este gasto se haya mantenido en un concreto intervalo sin producirse alteración alguna, de ahí que sea totalmente irreal el presupuesto fijado por el órgano de contratación.

Concluye la recurrente afirmando que las previsiones de evolución del IPC no contemplan que este se vaya a mantener fijo en los próximos años, lo que determina en última instancia que tanto los costes directos como los indirectos (incluidos los gastos de luz, gas, agua y telefonía), deberán ser actualizados conforme a la variación que experimente el IPC en cada uno de esos años, no pudiendo fijarse un presupuesto base de licitación sin tener en cuenta las posibles actualizaciones del IPC, habida cuenta del desajuste de costes que tal circunstancia puede acarrear.

(iv) Que no se ha tenido en cuenta para el año 2026 y siguientes las tablas salariales contenidas en el V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. En este sentido, la asociación recurrente señala que el 19 de septiembre de 2024 se lleva a cabo el acta de firma de la mesa negociadora del V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, que se registra y deposita el 23 de septiembre de 2024, estando pendiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), extremo éste del que manifiesta que tiene sobrado conocimiento el órgano de contratación. Dicho V Convenio colectivo entrará en vigor el 1 de enero de 2026, de tal forma que el órgano de contratación a la hora de calcular los salarios correspondientes a la plantilla del año 2026 y siguientes, así como el presupuesto base de licitación, debería haber tenido en cuenta las tablas salariales contenidas en dicho V Convenio colectivo (lo mismo cabe decir para el supuesto de que se apruebe una prórroga del citado contrato en años posteriores), por lo que la redacción de los pliegos debería ajustarse, en todo caso, a lo establecido en dicho convenio, sin que sea posible alegar, por parte del órgano de contratación, el desconocimiento de su existencia por el mero hecho de no haberse publicado en el BOE.

(v) Que en los pliegos no se indica de forma detallada y desglosada el régimen laboral que le será aplicable a la figura del “Educador Social”. Al respecto, afirma la recurrente que la información suministrada para este tipo de persona trabajadora es insuficiente, lo que contradice, a todas luces, la importancia que dicha figura ostenta en la prestación de servicios de esta índole, esto es, la previsión laboral de este personal necesariamente habría de ser más exhaustiva, sobre todo para tener cubierta la posibilidad de futuras sustituciones. En este sentido, si se acude a las tablas de subrogación la categoría profesional que más se repite, es precisamente la del “Educador Social”, por lo que los pliegos deberían poner el énfasis en esta figura, sobre todo teniendo en cuenta el desequilibrio económico que puede producir una cobertura presupuestaria insuficiente o no totalmente previsoría de posibles contingencias. Sobre ello, indica la recurrente que en los pliegos no se contemplan los días de asuntos propios, vacaciones (de forma desglosada), días de baja médicas o ausencias justificadas (debido a motivos familiares tales como cuidado de hijos o enfermedades de familiares), no estableciendo el presupuesto base de licitación previsión económica que cubra estas contingencias ni, por ende, las posibles sustituciones que se hayan de afrontar.

En definitiva, a su entender, el presupuesto fijado para la figura del “Educador Social” es insuficiente, debido a los motivos expuestos.

(vi) Que se vulnera el artículo 130 de la LCSP. Sobre ello, la recurrente tras reproducir el apartado 1 del artículo 130 de la LCSP, señala que dicho precepto no puede entenderse al margen de las previsiones indicadas en los



artículos 100, 101 o 102.3 de la propia LCSP, en relación con el artículo 122, relativas a la determinación fidedigna de todos los aspectos económicos y técnicos que se han de tener en cuenta a la hora de cuantificar correctamente todos los costes derivados de la ejecución del contrato. Acto seguido, tras citar y reproducir en parte el informe 33/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la Resolución 969/2012, de 23 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirma que *«para cumplir el art. 130 de la LCSP los pliegos debieron haber tenido en cuenta el V Convenio Colectivo ya firmado, así como haber proporcionado la jornada laboral de cada trabajador a subrogar, con desglose de las horas de nocturnidad de cada uno de ellos.»*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, respecto al fondo del mismo, indica en sus dos primeros párrafos expresamente lo siguiente:

«Analizado el recurso planteado por la Asociación APAES a los Pliegos referidos a este contrato, se observa como dicho recurso reproduce de forma íntegra, salvo la cuestión referida a la declaración de urgencia, el recurso planteado por la misma entidad (APAES) al expediente de contratación de la Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad de Granada: contratación de 196 plazas de acogimiento residencial para menores que se encuentren bajo la protección de la administración de la junta de Andalucía varias modalidades Expediente: SERV. PA 2/2024 CONTR 2024/647773.

Sobre este recurso se pronunció ese Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía mediante la Resolución 481/2024 Sección Tercera de fecha 31 de octubre de 2024 dándose por tanto respuesta a la totalidad de las cuestiones planteadas y que venimos a reproducir en el presente informe.»

Acto seguido, el informe al recurso en el análisis de cada uno de los motivos del escrito de impugnación va reproduciendo en parte la citada Resolución 481/2024, de 31 de octubre, de este Tribunal, salvo en dos cuestiones. En la primera de ella, relativa a la figura del “Educador Social”, indica que como se puede observar en los cuadros que aparecen en el anexo I del PCAP (páginas 65 y 66), el coste de las vacaciones para el personal educativo se encuentra incluido en los costes laborales referidos a dicha categoría profesional. Y en la segunda, sobre el cálculo del complemento de antigüedad, señala que a diferencia del cálculo efectuado en el expediente de contratación objeto del recurso resuelto mediante Resolución 481/2024, en la presente licitación se han presupuestado, no uno como indica la asociación recurrente, sino dos trienios, argumento que abunda en la desestimación de la alegación por ese Tribunal.

Por último, indica el órgano de contratación en el informe al recurso lo siguiente: *«Poner de manifiesto que se está trabajando en la elaboración de nuevos Pliegos que recojan los conceptos que han sido estimados por ese Tribunal en la antes citada Resolución.»*

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre determinados complementos salariales de aplicación no incluidos en los pliegos.

Pues bien, este Tribunal, ha de poner de manifiesto en lo que aquí concierne que el último inciso del artículo 100.2 de la LCSP dispone que *«En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia»*. Asimismo, en cuanto al valor estimado, y por ende al presupuesto base de licitación, el primer



inciso del primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP indica que *«En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial»*. Igualmente, en el último párrafo de dicho artículo 101.2 de la LCSP se señala que *«En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación»*. Por último, el párrafo segundo del artículo 102.3 de la LCSP establece que *«En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios»*. (En todos los casos el subrayado es nuestro)

Teniendo en cuenta lo expuesto, y que además en el supuesto que se examina en el que la mano de obra no es solo relevante, sino que es el coste económico principal, no cabe la menor duda de que en el cálculo del presupuesto base de licitación, y por ende en el del valor estimado, deben tenerse en cuenta los costes laborales derivados del convenio colectivo sectorial de aplicación (v.g., entre otras muchas, Resolución 59/2023, de 27 de enero, de este Tribunal).

En este sentido, en el presente caso y en lo que aquí interesa, en el apartado 2 «Presupuesto base de licitación y precio del contrato» del anexo I del PCAP, se indica en el primer párrafo del subapartado «Sistema de determinación del precio» lo siguiente: *«Para la determinación del precio se han calculado los costes de personal, según IV Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Resolución de 4 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo) (BOE n.º 42, de 18 de febrero de 2021) (...)»*, el mismo convenio al que se refiere la recurrente en su escrito de recurso, no siendo por tanto objeto de controversia que IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores es el convenio colectivo aplicable, y ello sin perjuicio de lo que se analizará más adelante con respecto al V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.

Dicho IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (en adelante Convenio colectivo aplicable), en lo que aquí concierne dispone en sus artículos 63 a 65 lo siguiente:

«Artículo 63. Antigüedad.

Este complemento salarial y consolidable, se percibirá por cada trienio vencido. Todo el personal dependiente de este convenio tendrá derecho a percibir un trienio por la cantidad 16,24€ euros mensuales. El importe de cada trienio se hará efectivo en la primera nómina del mes siguiente de su vencimiento.

La fecha del cómputo de antigüedad será la de ingreso en la empresa, independientemente del tipo de contrato suscrito con el trabajador o trabajadora.

Artículo 64. Complemento de nocturnidad.

Este complemento salarial, no consolidable y de pago mensual, remunera el trabajo efectuado en turno de noche por el trabajador o trabajadora y tendrá una compensación económica del 10% sobre el salario base y complemento específico, en su caso, o bien, una reducción equivalente de su jornada en cómputo anual.

Se considerará trabajo nocturno toda aquella jornada realizada entre las 22:00 horas y las 6:00 horas abonándose a los trabajadores las horas proporcionales efectivamente realizadas.

Artículo 65. Complemento de festividad.



Para todo trabajador o trabajadora que desarrolle su actividad laboral en los festivos previstos en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores se establecerá, en calendario laboral, un día compensatorio de descanso, que se procurará que sea lo más cercano posible al día feriado que sustituye, y sin que dicho descanso pueda coincidir con el descanso semanal ni alterar el cómputo anual de la jornada ordinaria de trabajo. Adicionalmente, recibirá una compensación equivalente al 10% sobre el salario base y complemento específico. Para su devengo se entenderá el trabajo realizado en festivo desde las 00:00 hasta las 24:00 de dicho día, abonándose proporcionalmente a las horas efectivamente trabajadas. Este complemento se abonará a los trabajadores que realicen su jornada laboral en horario nocturno debiéndose de abonar junto con el de nocturnidad correspondiente.

En caso de que no fuese posible el establecimiento de una jornada compensatoria de descanso, tal y como establece el párrafo anterior, el trabajador o trabajadora que desarrolle su actividad laboral en dichos festivos percibirá el importe de las horas efectivamente trabajadas en festivo con un incremento del 75% sobre el valor de la ordinaria (salario base y complemento específico).».

Así las cosas, tales complementos de antigüedad, nocturnidad y festividad no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable, de modo que constituyen un coste laboral que algunos de ellos no parecen haberse tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato.

En cuanto al complemento de antigüedad, la recurrente indica que nada se dice en los pliegos respecto de aquellas personas trabajadoras que acumulen más de un trienio (más de 44). En este sentido, señala el recurso que un gran número de personas trabajadoras a subrogar acumulan ya, a fecha del anuncio de licitación más de un trienio, conforme se recoge en el anexo XXI del PCAP, relativo a la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a subrogar.

Al respecto, lo primero que ha de tenerse en cuenta como ha puesto de manifiesto este Tribunal en multitud de ocasiones, es que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la ejecución de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos (v.g. Resoluciones de este Tribunal 123/2017, de 9 de junio, 233/2018, de 2 de agosto, 335/2019, de 18 de octubre, 226/2020, de 2 de julio, 97/2021, de 20 de mayo, 221/2022, de 8 de abril, 225/2023, de 28 de abril y 41/2024, de 26 de enero, entre otras muchas). De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.

En efecto, a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores, no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos, y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior, que es lo que pretende la recurrente. En este sentido, una vez que opere la subrogación con la nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios.

Así, ha de entenderse razonable lo recogido en el párrafo tercero del apartado 2 del anexo I del PCAP, en relación con el sistema de determinación del precio, cuando establece un promedio de un trienio por cada una de las personas trabajadoras de los centros que actualmente están desarrollando el trabajo, sin que por la recurrente se acredite que el complemento de antigüedad previsto en el presupuesto base de licitación sea insuficiente para la



ejecución del presente contrato. En este sentido, a pesar de que el citado apartado 2 del anexo I del PCAP establece de forma expresa un promedio de un trienio, el órgano de contratación en el informe al recurso afirma sin mayor argumentación que en la presente licitación se han presupuestado dos trienios, sin que sea posible inferir tal afirmación de lo expuesto en el citado apartado 2 del anexo I del PCAP, ni del resto de la documentación publicada en el perfil de contratante.

Respecto a los complementos de nocturnidad y festividad afirma la recurrente en esencia que nada se dice de ellos en los pliegos. En este sentido, conforme a los citados artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP y teniendo en cuenta los costes laborales derivados del convenio colectivo sectorial de aplicación en los términos analizados anteriormente, el cálculo del presupuesto base de licitación debe estimarse considerando, entre otros, los costes derivados de la aplicación de los complementos de nocturnidad o festividad, ya sea retribuido económicamente a las personas trabajadoras o compensadas con descanso, dado que en este último caso habría que utilizar una persona sustituta que evidentemente tiene un coste.

En definitiva, los complementos de nocturnidad y festividad no son discutibles en cuanto a su retribución porque los contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable, de modo que constituyen un coste laboral que no se ha tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el presente motivo de recurso en cuanto a los complementos de nocturnidad y festividad.

Segunda. Sobre que las modificaciones normativas que la empresa adjudicataria ha de asumir han de preverse en los pliegos.

En el análisis de la presente denuncia de la recurrente, este Tribunal estima necesario reproducir en parte la cláusula 22 del PCAP, relativa a la modificación del contrato (concierto social en la terminología del pliego). Dice así en lo que aquí concierne:

«1. El contrato solo podrá ser modificado por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en los artículos 203 a 207 de la LCSP y de acuerdo con lo regulado en el artículo 27 del Decreto 41/2018, de 20 de febrero.

En el Anexo I-apartado 14 se indicará la posibilidad o no de modificación del contrato (...). Estas modificaciones no podrán alterar la naturaleza global del contrato conforme al apartado 2 del artículo 204 de la LCSP. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen los servicios que se van a prestar por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya algún servicio puntual.

Asimismo y de acuerdo con lo establecido en dicho artículo, el procedimiento a seguir para efectuar la modificación del contrato en los supuestos contemplados en el citado Anexo I-apartado 14 será el siguiente: (...).

Las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación se establecen en el artículo 205.2 de la LCSP. A los efectos de la modificación de los contratos prevista en la letra b) del apartado 2 de dicho artículo, se considerarán circunstancias sobrevenidas imprevisibles las modificaciones de la programación europea vigente que tengan incidencia sobre el objeto del contrato.

Las modificaciones que se acuerden deberán, en todo caso, asegurar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. (...).



Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para la persona contratista y deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP.

Las modificaciones no previstas en los pliegos o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204 de la LCSP, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del artículo 205 de la LCSP y que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. En estos supuestos las modificaciones acordadas serán obligatorias para las personas contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido. En caso contrario, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de acuerdo con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211 de la LCSP.

En los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato.

En el caso de contratos en función de necesidades regulados en la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP (...).».

Por su parte, el apartado 14 del anexo I del PCAP al que se remite la reproducida cláusula 22 indica que sí existe la posibilidad de modificación del contrato, estableciendo como causas de modificación del contrato las siguientes:

«1. Según lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, serán causa de modificación del presente contrato la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria, acordadas por los órganos de gobierno o legislativos competentes, que provoquen la reducción de la financiación prevista en el documento contractual.

Alcance y límites de la modificación:

- El precio del contrato se modificará a la baja en el mismo porcentaje en que se reduzca su financiación, sin perjuicio del límite porcentual a partir del cual operará la cláusula de resolución incluida en el presente pliego. Consecuentemente se reducirán o modificarán proporcionalmente las obligaciones de la persona contratista.

- Porcentaje máximo del precio del contrato al que pueda afectar: 19,99 %

(Deberá detallarse de forma clara, precisa e inequívoca el alcance de la reducción o modificación).

2. En el caso de contratos financiados con cargo al PRTR, será causa de modificación del contrato las actuaciones necesarias para cumplir con las ordenes de la Autoridad Responsable del Plan para corregir deficiencias en el cumplimiento de los hitos y objetivos que la entidad contratante haya comprometido alcanzar con el contrato en cuestión, así como las correcciones necesarias para cumplir las obligaciones en materia de etiquetado verde y etiquetado digital y para no causar un daño significativo al medio ambiente.

Alcance y límite de las modificaciones:

3. El contrato se podrá modificar al alza con un límite del 19,99% en caso de resultar necesario ante imprevistos ocasionados por fenómenos migratorios de personas menores de edad no acompañadas



4. El contrato se podrá modificar a la baja con un límite del 19,99% en caso de que las plazas no se encuentren ocupadas por un periodo superior a tres meses.».

Por último, de una forma bastante irregular el PPT en su cláusula 12 dispone lo siguiente:

«12. MODIFICACIONES NORMATIVAS

Durante la vigencia del contrato, la entidad adjudicataria estará obligada a aceptar las consecuencias derivadas de las modificaciones normativas que puedan afectar a las condiciones establecidas en cualquiera de los documentos contractuales.

En lo no previsto en el presente pliego de prescripciones técnicas, se estará en lo que la normativa que le resulte de aplicación disponga.».

Pues bien, en cuanto a las modificaciones normativas, la interpretación más razonable es entender que las mismas para su incorporación en la presente contratación han de ser aprobadas por el órgano de contratación en los términos recogidos en la citada cláusula 22 de PCAP y en los artículos 204 y 205 de la LCSP.

A mayor abundamiento, no obstante, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su recomendación de 10 de diciembre de 2018, señala que: *«A la inmutabilidad del contrato debe añadirse como premisa esencial propia de los contratos públicos la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato. Así lo declara el Artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando señala que “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”. La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato. (...) Esta misma sentencia nos recuerda que la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación».*

Indica dicha recomendación además que: *«(...) en este tipo de contratos no cabe con carácter general la revisión de precios ni tampoco la modificación no prevista del contrato a instancia del contratista. También hemos sentado que el incremento de los costes de la mano de obra derivados del convenio colectivo forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar. Por tanto, en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada».*

Alude, igualmente la mencionada recomendación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, la cual expresa que: *«(...) el principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.*



Pero como también declara el Alto Tribunal, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esto no implica, según la Jurisprudencia, que toda alteración del justo equilibrio de las prestaciones del contrato dé derecho al contratista a solicitar que se establezca la situación exacta bajo la que se firmó el contrato, sino que ello únicamente cabrá en los casos antes expuestos y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que han de verificarse caso por caso. Más allá de tales casos "el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

Partiendo de lo anterior, concluye la Junta Consultiva que: «(...) una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado. No parece que la variación de las circunstancias derivadas de la negociación colectiva laboral deba ser soportada o absorbida por la entidad contratante pues esto no es un imperativo legal (...), por lo que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato, y que en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada. (...)

Pero como también declara el Alto Tribunal, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esto no implica, según la Jurisprudencia, que toda alteración del justo equilibrio de las prestaciones del contrato dé derecho al contratista a solicitar que se establezca la situación exacta bajo la que se firmó el contrato, sino que ello únicamente cabrá en los casos antes expuestos y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que han de verificarse caso por caso. Más allá de tales casos el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Tercera. Sobre que determinados gastos directos e indirectos han sido estimados de forma incorrecta.

Pues bien, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 281/2022, de 20 de mayo, 8/2023, de 13 de enero y 146/2024, de 9 de abril, ha afirmado que el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para elaborar el presupuesto base de licitación y el cálculo del valor estimado del contrato, y por tanto de la aplicación del



convenio colectivo laboral de referencia, 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.

En efecto, de conformidad con lo previsto en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato, han de adecuarse a los precios de mercado en el momento de su elaboración por el órgano de contratación (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 400/2019, de 28 de noviembre, 50/2020, de 14 de febrero, 224/2020, de 2 de julio, 237/2020, de 9 de julio, 253/2021, de 24 de junio 8 y 107/2022, de 11 de febrero). En este sentido, los órganos de contratación han de fijar el presupuesto base de licitación y contemplar en el mismo los costes laborales que resulten de aplicación conforme al convenio colectivo que rija en el momento de elaboración del citado presupuesto (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 226/2020, de 2 de julio y 503/2021, de 25 de noviembre).

Al respecto, en lo que aquí interesa y respecto de la determinación de cuál es el momento de la elaboración del presupuesto base de licitación, el 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 el supuesto que ahora se examina, la fecha de referencia que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto base de licitación, y por ende, del valor estimado del contrato es la de 14 de octubre de 2024, fecha en la que se envió el anuncio de licitación al DOUE, por lo que teniendo en cuenta que la EPF elaborada por el INE fue publicada el 27 de junio de 2024 y la tasa de variación anual del IPV elaborada, asimismo, por el INE se publicó el 5 de septiembre de 2024, circunstancias ambas no cuestionadas por el órgano de contratación en el informe al recurso, ha de darse la razón a la asociación recurrente cuando afirma que determinados gastos directos e indirectos no han sido estimados teniendo en cuenta la actualización de los datos citados.

No obstante, lo anterior, si la asociación recurrente no considera que los denominados por los pliegos otros gastos directos y los indirectos no han sido calculados de forma correcta, es ella la que tiene que acreditar que la estimación de dichos costes no es adecuada o es insuficiente para la ejecución del contrato, no quedando en su escrito de recurso acreditada esta circunstancia.

En efecto, partiendo de que el cálculo de los denominados por los pliegos otros gastos directos y los indirectos han sido estimados por el órgano de contratación partiendo de unos datos que no están actualizados, ello no supone que necesariamente su importe sea insuficiente para ejecutar la prestación, cuestión esta que no ha sido analizada por la asociación recurrente que se limita a manifestar, además de que se parte de datos desactualizados, la imposibilidad de que dichos costes no aumenten conforme al IPC a lo largo de los años, que tampoco acredita con ello la insuficiencia del presupuesto base de licitación, pues nada obsta a que dichos gastos anuales puedan ser estimados como la media del total de años de duración del contrato. En este sentido, ha de recordarse que la carga de la prueba corresponde a la recurrente, así lo prevé el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil al disponer que «*Corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (...)*».

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Cuarta. Sobre que no se ha tenido en cuenta para el año 2026 y siguientes las tablas salariales contenidas en el V Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores.



Pues bien, para el análisis de la presente controversia este Tribunal ha de remitirse a lo expuesto en la consideración tercera del presente fundamento de derecho que ha de darse por reproducida. En este sentido, entre otras, en sus Resoluciones 281/2022, de 20 de mayo, 8/2023, de 13 de enero y 146/2024, de 9 de abril, este Órgano ha afirmado que el criterio temporal que ha de tenerse en consideración para elaborar el presupuesto base de licitación y el cálculo del valor estimado del contrato, y por tanto de la aplicación del convenio colectivo laboral de referencia, 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.

En efecto, de conformidad con lo previsto en los artículos 100.2 y 101.2 de la LCSP, el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato, han de adecuarse a los precios de mercado en el momento de su elaboración por el órgano de contratación (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 400/2019, de 28 de noviembre, 50/2020, de 14 de febrero, 224/2020, de 2 de julio, 237/2020, de 9 de julio, 253/2021, de 24 de junio 8 y 107/2022, de 11 de febrero). En este sentido, los órganos de contratación han de fijar el presupuesto base de licitación y contemplar en el mismo los costes laborales que resulten de aplicación conforme al convenio colectivo que rija en el momento de elaboración del citado presupuesto (v.g. Resoluciones de este Tribunal, entre otras, 226/2020, de 2 de julio y 503/2021, de 25 de noviembre).

Al respecto, en lo que aquí interesa y respecto de la determinación de cuál es el momento de la elaboración del presupuesto base de licitación, el 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 el supuesto que ahora se examina, la fecha de referencia que ha de tenerse en cuenta para la elaboración del presupuesto base de licitación, y, por ende, del valor estimado del contrato es la de 14 de octubre de 2024, fecha en la que se envió el anuncio de licitación al DOUE, 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.

Pues bien, en el presente caso, el convenio sectorial de aplicación es el Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. La cuestión es determinar si el vigente a efectos del cálculo del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato, a partir del 1 de enero de 2026, es el IV Convenio que se recoge en los pliegos y confirma de alguna forma el órgano de contratación en su informe al recurso o el V Convenio alegado por la recurrente, que según manifiesta el 19 de septiembre de 2024 se llevó a cabo el acta de firma de la mesa negociadora y se registró y depositó el 23 de septiembre de 2024, estando pendiente de su publicación en el BOE.

Al respecto, en lo que aquí concierne, el artículo 86.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante 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 ni publicado en el diario oficial correspondiente tendrá el carácter de extraestatutario, 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.

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.». (el subrayado es nuestro)

En definitiva, la falta de depósito y publicación en el diario oficial correspondiente del acuerdo impide que el mismo tenga carácter estatutario, por lo que no puede afectar a aquellos convenios que, estando en régimen de ultraactividad legal o convencional, regulen las materias que el acuerdo impugnado establece, circunstancia esta de falta de publicación en el diario oficial correspondiente que acontece en el supuesto examinado al no haber sido objeto el V Convenio de publicidad en el BOE.

Por tanto, en el presente caso, el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio del contrato a partir del 1 de enero de 2026, han de haberse elaborados teniendo en cuenta el IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, por lo que no es posible dar la razón a la asociación recurrente.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

Quinta. Sobre que en los pliegos no se indica de forma detallada y desglosada el régimen laboral que le será aplicable a la figura del “Educador Social”.

Al respecto, como se ha expuesto, afirma la recurrente que en los pliegos no se contemplan los días de asuntos propios, vacaciones (de forma desglosada), días de baja médicas o ausencias justificadas (debido a motivos familiares tales como cuidado de hijos o enfermedades de familiares), no estableciendo el presupuesto base de licitación previsión económica que cubra estas contingencias ni, por ende, las posibles sustituciones que se hayan de afrontar.



Pues bien, ni en los pliegos ni en la memoria justificativa ni en la resolución de aprobación del expediente, únicos documentos publicados en el perfil de contratante, figura de forma desglosada el coste laboral ni del “Educador social” ni de ninguna otra categoría profesional del personal necesario para ejecutar la prestación.

Al respecto, en cuanto al nivel de desglose del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato, disponen los dos primeros incisos del artículo 100.2 de la LCSP que *«En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación»*, es decir que el desglose lo ha de ser en costes directos, costes indirectos y en otros eventuales gastos calculados para su determinación. En este sentido, es evidente lo incompleto de la regulación del nivel de desglose recogido en dicho artículo, pues introduce un concepto indeterminado, esto es otros eventuales gastos calculados para su determinación, al no especificar cuáles son esos otros gastos. Debe acudirse para colmar dicha norma al primer párrafo del apartado 2 del artículo 101 de la LCSP, que dispone que *«En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial»*.

Así pues, de la lectura conjunta de ambas normas es posible entender que el nivel de desglose del presupuesto base de licitación y, por ende, de valor estimado del contrato sería: costes directos, costes indirectos, gastos generales de estructura y beneficio industrial. Dicho desglose coincide con el recogido, aunque para el contrato de obras, en el artículo 131 del RGLCAP.

Asimismo, debe determinarse dentro de cada tipo de gastos cuál es el nivel de desglose que exige la normativa contractual. Al respecto, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 136/2022, de 18 de febrero y 451/2022, de 22 de septiembre, ha puesto de manifiesto que los artículos 100 y 101 de la LCSP no obligan a un desglose individualizado de los costes directos e indirectos y de los gastos generales de estructura.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, el último inciso del artículo 100.2 de la LCSP afirma que en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia, lo que unido a lo señalado en el primer párrafo del artículo 101.2 de la LCSP que dispone que deberán tenerse en cuenta los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, supone que el desglose individualizado de los costes que conforman el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato deberá realizarse de tal modo que permitan constatar, por las potenciales entidades licitadoras, los costes laborales estimados a partir del convenio laboral de referencia, esto es, la correcta aplicación de las normativas laborales vigentes (v.g., entre otras, Resoluciones de este Tribunal 215/2022, de 8 de abril, 98/2023, de 15 de febrero, 365/2023, de 14 de julio, 641/2023, de 15 de diciembre, 30/2024, e 19 de enero y 69/2024, de 9 de febrero).

En el supuesto que se examina, la única referencia a los costes laborales del “Educador social” y del resto de categorías profesionales del personal necesario para ejecutar la prestación, se contiene en los dos últimos párrafos del subapartado *«Sistema de determinación del precio»*, dentro del apartado 2 *«Presupuesto base de licitación y precio del contrato»* del anexo I del PCAP, que disponen lo siguiente:

«En cuanto a la desagregación por categoría profesional, como anteriormente se detalla, se ha determinado el precio plaza/día según los cálculos realizados a raíz de los distintos tipos de gastos. Para la desagregación por grupos profesionales según el IV Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, se ha



determinado el número de profesionales de cada categoría o grupo profesional adecuado para la prestación del servicio.

En función del mencionado Convenio, se ha determinado el porcentaje de coste que corresponde a cada uno de los grupos profesionales del total de gastos de personal. En función de estos cálculos, se obtiene la participación de cada grupo profesional (en porcentajes) en los gastos de personal.».

Tras lo cual constan tres tablas correspondientes a distintos grupos de plazas, en cada una de las tablas figura el desglose por categoría profesional en el que se incluye por año un determinado importe, así como unos porcentajes sobre el total, señalándose para la categoría profesional de “Educador social” lo siguiente:

PLAZAS Y CATEGORÍA PROFESIONAL	2024	2025	2026	TOTAL	PORCENTAJE
8 PLAZAS - G. profesional 1.b T.Soci	1.214,99	1.249,80	1.280,41	3.745,20	6,41%
12 PLAZAS - G. profesional 1.b T.Soci	2.429,97	2.499,60	2.560,83	7.490,39	9,57%
16 PLAZAS - G. profesional 1.b T.Soci	2.429,97	2.499,60	2.560,83	7.490,40	7,05%

Asimismo, dentro del citado apartado 2 del anexo I del PCAP, para cada lote o grupo de lotes figuran dichas cantidades para los años 2024, 2025 y 2026 para la categoría profesional de “Educador social” como importes mensuales, correspondiendo para los grupos de 12 y 16 plazas a una mensualidad a jornada completa y para el grupo de 8 plazas para una mensualidad a media jornada.

Pues bien, de lo expuesto se constata, más allá del establecimiento de un importe mensual, la ausencia de desglose alguno de los costes laborales estimados para la categoría profesional de “Educador social” a partir del convenio laboral de referencia, lo que impide comprobar si el órgano de contratación ha aplicado correctamente la normativa laboral vigente.

En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que «el coste de las vacaciones para el personal educativo se encuentra incluido en los costes laborales referidos a dicha categoría profesional», sin ni siquiera haber efectuado un mínimo desglose en dicho informe, aunque solo fuese a efectos de ilustrar a este Tribunal. Esta ausencia de desglose alguno imposibilita que pueda comprobarse si se ha aplicado correctamente la normativa laboral vigente.

En cuanto a las concretas referencias que hace la asociación recurrente a los días de asuntos propios, vacaciones, días de baja médica o ausencias justificadas, éstas vienen recogidas en el Convenio colectivo aplicable; en concreto los días de asuntos propios en su artículo 77.1.k), las vacaciones en el artículo 57 y los días de baja médica y asistencia justificada en los artículos 77 y 78.

Así las cosas, las vacaciones y las citadas licencias no son discutibles en cuanto a su retribución, salvo las licencias no retribuidas, porque las contempla de forma expresa el Convenio colectivo aplicable de modo que constituyen un coste laboral, incluidas las posibles sustituciones, que no consta que se hayan tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto base de licitación y, por ende, del valor estimado del contrato.

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

Sexta. Sobre que en la licitación que se examina se vulnera el artículo 130 de la LCSP.



Pues bien, las consideraciones de este Tribunal al respecto han de partir de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Su tenor es el siguiente:

«1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.». (el subrayado es nuestro)

En el supuesto que se examina, dicha información se contiene en el anexo XXI del PCAP. En él, por lotes, se aporta la siguiente información: la identificación por sus iniciales de cada persona que puede ser objeto de subrogación, el convenio colectivo que le es de aplicación, la categoría laboral o profesional, el tipo de contrato, la jornada laboral en horas semanales, la fecha de antigüedad, el vencimiento del contrato en su caso, el salario bruto anual y la base de cotización mensual. En cuanto al tipo de contrato, su identificación lo es por expresiones en letras, entre otras, indefinido y temporal.

Así las cosas, en el anexo XXI del PCAP se indican todas y cada una de las exigencias contenidas en el artículo 130.1 de la LCSP. Entre ellas, la jornada laboral de cada persona trabajadora a subrogar en horas por semana, sin que sea necesario que dicha jornada y su distribución horaria se establezca diariamente como parece poder intuirse de lo indicado por la recurrente; en este sentido, el artículo 54 «*Jornada máxima y distribución horaria*» del Convenio colectivo aplicable indica en su primer párrafo que se establece un cómputo anual máximo de tiempo de trabajo efectivo de 1.722 horas, con una distribución semanal ordinaria de 38,5 horas. Asimismo, en cuanto a la exigencia de la recurrente de que para cumplir el artículo 130 de la LCSP los pliegos debieron haber tenido en cuenta el V Convenio colectivo ya firmado la misma carece de sentido, dado que el citado artículo 130 cuando hace alusión al convenio colectivo de aplicación se está refiriendo al del personal que puede ser objeto de subrogación, no al convenio colectivo sectorial que se ha de tener en cuenta para estimar los costes laborales para el cálculo del presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso.

SÉPTIMO. Consideraciones 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, deben llevarse a cabo anulando el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen 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 PATRONAL ANDALUZA DE ENTIDADES DE INICIATIVA SOCIAL Y ACCIÓN SOCIAL**, contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de orientación, asesoramiento e inserción social y laboral para menores y jóvenes del sistema de protección de menores de Andalucía, modalidad COILS, dentro del programa de adquisición de competencias sociolaborales (PACS)», (Expediente CONTR 2024 0000606338), convocado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad y, en consecuencia, anular dichos actos 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. 134/2024, de 12 de noviembre.

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.

