

Recurso nº 134/2019**Resolución nº 125/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 29 de maio de 2019.

VISTO o escrito do COLEXIO DE EDUCADORAS E EDUCADORES SOCIAIS DE GALICIA sobre os pregos da contratación dun servizo para a execución de programas de intervención en réxime de acollemento residencial de primeira acollida con carácter de urxencia, referencia 09/2019, da Consellería de Política Social, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Consellería de Política Social convocouse a contratación dun servizo para a execución de programas de intervención en réxime de acollemento residencial de primeira acollida con carácter de urxencia, nun centro de menores achegado pola entidade que resulte adxudicataria, referencia 09/2019, cun valor estimado declarado de 3.069.360 euros.

Segundo.- O 09.05.2019 o COLEXIO DE EDUCADORAS E EDUCADORES SOCIAIS DE GALICIA presentou escrito dirixido á Consellería de Política Social que esta remite ao TACGal o 16.05.2019, xunto co expediente ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). O informe do órgano de contratación foi recibido o 20.05.2019.

Terceiro.- Trasládouse o recurso aos interesados o 21.05.2019, sen que recibiran alegacións.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver os recursos especiais.

Segundo.- O escrito que se nos remite pola Consellería non pode ser admitido a efectos da tramitación e resolución dun recurso especial pola seguintes razóns, sen prexuízo do que ao respecto do mesmo considere o órgano de contratación como destinatario que é do mesmo.

Efectivamente, este TACGal e o resto de Tribunais Administrativos de recursos contractuais en múltiples ocasións lembran que a presentación dun recurso especial require dalgunhas cargas cara ao recorrente que non se poden obviar baixo un criterio ilimitado do principio antiformalista. Lembremos que estamos nun procedemento de concorrencia competitiva, polo que o que suceda pode ter incidencia para a posición dos outros.

A primeira carga é que o seu escrito denote que se está a interpoñer un recurso especial. Sendo coñecido que nada impide presentar escritos polo licitadores que, precisamente, se queren dirixir aos órganos de contratación para que sexan estes os destinatarios precisamente, para este recurso especial é necesario que apareza que tal escrito non é simplemente tal senón, efectivamente, a interposición do recurso especial en si mesmo.

Neste caso, o que se observa do escrito, como vimos, é que está textualmente dirixido á Consellería de Política Social, e, precisamente, usa un formulario telemático que non é do recurso especial, para o que existe ún específico -o FA900A- perfectamente publicitado na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web deste TACGal, senón o modelo PR004A, previsto precisamente para escritos “que non contén cun sistema electrónico específico nin cun modelo electrónico normalizado”. A maiores, nese formulario textualmente volve aparecer como destinatario a Consellería, ao poñer: *“Escrito dirixido á Consellería de Política Social en relación ás prazas de*

persoal educador/a”. Observamos entón que non hai ningunha referencia ao recurso especial nin a este Tribunal Administrativo, cando na información existente nos pregos nesta licitación había a mención do recurso especial.

Así, os Tribunais Administrativos de Recursos Administrativos – reproducimos, por exemplo, a recente Resolución 44/2019 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía, con cita doutras previas no mesmo sentido- aducen o seguinte nestes supostos,:

“ÚNICO. Antes de proceder a realizar cualquier otro tipo de consideración debe ser objeto de análisis la naturaleza del escrito remitido por el órgano de contratación como recurso especial en materia de contratación.

A la vista de la documentación trasladada por la Universidad de Sevilla este Tribunal considera que aun cuando el órgano de contratación ha remitido el escrito como recurso especial en materia de contratación, lo cierto es que en su contenido en ningún momento se identifica como tal, ni del mismo se desprende que combata de forma directa la decisión del poder adjudicador, ni tampoco reúne los requisitos establecidos en el artículo 51 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Este escrito no tiene, pues, naturaleza de recurso especial porque, si bien contiene argumentos que cuestionan la decisión de la mesa, la finalidad pretendida por ADV INFORMÁTICA, S.L. con el mismo no era interponer un recurso especial en materia de contratación, sino provocar un cambio de decisión en el órgano que acordó su exclusión. En este sentido, este Tribunal ya ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre supuestos similares al presente, valga por todas, la reciente Resolución 9/2019, de 17 de enero.

(...)

Por todo lo anterior, este Órgano acuerda que al no revestir el escrito naturaleza de recurso especial no procede que este Tribunal se pronuncie sobre las cuestiones que se alegan en el mismo.”

A maiores, de estarmos perante un recurso especial, o mesmo non cubre a carga argumentativa nin de concreción para poder ser acollido. Por exemplo, non se concreta a pretensión, clave a estes efectos, por canto só se alude a que os pregos se “axusten” a un Convenio. A maiores do texto do recurso o que hai é unha reprodución dunha cláusula do PPT cunha parte en “negrita” e logo a reprodución dun precepto

dun Convenio, cunha mera afirmación -máis propia dunha descrición de parte, que dun argumento- de que *“o citado convenio establece no seu anexo I as ‘Competencias xerais dos postos de traballo e cualificacións de referencia do Catálogo Nacional de Cualificacións’, distinguindo entre o posto de “Educador/a social” e o de “Educador/a” (categoría a extinguir)”*. Non hai polo tanto un concreto desenvolvemento argumentativo confrontando ese Convenio cos pregos, con logo expresión, no solicito dese escrito, de que concreto parágrafo, frase...se pide anular.

Xunto coas expresamente recollidas no artigo 51 LCSP, en diferentes Resolucións puxemos de manifesto que o principio pro actione e antiformalista non pode chegar a obviar determinadas cargas que corresponden a un accionante do recurso especial (Resolución 21/2018).

En varias Resolucións, como na 26/2018, remarcouse que a carga de acadar o convencemento deste Tribunal para que se chegue ao solicitado no recurso corresponde, de inicio, ao recorrente, o cal debe recoller un desenvolvemento suficiente na súa argumentación para isto, sen que se poida chegar a suplir de oficio tal carga. Evidentemente, iso non sempre vai ligado á extensión maior ou menor do texto do recurso, senón a que se recollan todos os pasos do seu razoamento, alicerce, en definitiva, da concreta pretensión que solicita.

Na Resolución 109/2018 apórtase que tamén é responsabilidade do recorrente a claridade na designación do concretamente impugnado, pois disto depende toda a concepción do recurso especial presentado. A maiores, que debe existir coherencia entre o formalmente designado como acto recorrido e ao que se refire o relato e alegacións do texto do recurso.

Finalmente e en ultimo caso, non poderíamos acoller o escrito presentado porque non nos trasladan argumentos de incorrección xurídica invalidante fronte ao que nos xustifica o informe do órgano de contratación ao expresar:

“No apartado 3.2.2 letra b) do PPT reflíctese que o persoal educador debe estar en posesión dunha titulación universitaria media, superior ou de grao en materias propias ou relacionadas coa intervención educativa ou social.

A determinación da dita titulación trae causa na necesidade de establecer un determinado perfil académico necesario para exercer as funcións de educador.

Antes da aprobación do PPT que rexe a contratación obxecto de recurso, esta unidade solicitou, o 19 de xullo de 2018, por correo electrónico, ao o Rexistro de Universidades, Centros e Títulos, (RUCT) do Ministerio de Educación, Cultura e Deporte, Secretaria de Estado de Educación, Formación Profesional e Universidades, que nos informara se o exercicio da profesión de educador/a estaría encadrada dentro do catálogo de profesións que esixen para o seu desempeño estar en posesión dunha titulación específica que habilite para o exercicio da dita profesión.

O 20 de xullo de 2018, o RUCT contesta á dita petición de información indicándonos, en primeiro termo o que implica que unha determinada profesión estea regulada, e en segundo lugar relaciona o catálogo de profesións que necesitan a obtención dun título universitario específico que habilite aos traballadores para exercerlas. No dito catálogo non aparece a titulación de EDUCADOR/A SOCIAL.

No referido a determinación dunha profesión como unha profesión regulada, implica que o seu exercicio require cumprir unhas condicións especiais que xeralmente serán as de estar en posesión dun determinado título académico.

No suposto de que unha determinada titulación habilite para o exercicio dunha profesión conleva que o exercicio da dita profesión regulada, soamente se poderán exercer cando se cumpran os requisitos establecidos na regulación do dito título académico. Neste caso o título sería habilitante para o exercicio da profesión, cousa que non ocorre coa titulación de Educador/a Social.

A maior abundamento, para evitar o intrusismo profesional ou exercicio profesional irresponsable existen distintas disposicións regulamentarias que delimitan as tarefas propias de cada ámbito profesional, a saber, o Real Decreto 1837/2008, de 8 de novembro, que incorpora ao ordenamento xurídico español a Directiva 2005/36/CE, do Parlamento Europeo, relativa ao recoñecemento de cualificacións profesionais, base para a regulación das profesións.

As profesións reguladas son aquelas para cuxo acceso, exercicio ou algunha das súas modalidades de exercicio esíxase directa ou indirectamente un título académico e constitúen unha profesión nun Estado membro da Unión Europea.

Complementariamente as atribucións profesionais definen os ámbitos nos que un profesional pode desenvolver a súa actividade, establecen as condicións para o seu desenvolvemento e fixa as limitacións cualitativas ou cuantitativas que se poden existir. En xeral adoitan comprender diferentes actividades que non son exclusivas da profesión.

Para garantir o cumprimento da norma outórgase aos Colexios profesionais, vinculados a unha profesión en particular, a facultade da ordenación do exercicio das profesións, a representación exclusiva destas e a defensa dos intereses profesionais dos colexiados.

A este respecto, cabe sinalar que na lexislación española tampouco se regularon as atribucións profesionais da titulación de Grado en Educación Social

Unha vez recibida a contestación por parte do RUCT, e constatado que a profesión de educador/a non é unha profesión regulada, isto é, non se encadra en ningunha das profesións reguladas en España para oficios especializados, esta unidade consultou esta cuestión á asesoría xurídica de Política Social, xa que é o órgano encargado de informar a dita contratación.

Desde a asesoría se nos indicou que en relación coas competencias profesionais para o exercicio das distintas actividades, tanto o Tribunal de Xustiza da Unión Europa, o Tribunal Supremo e o Tribunal de Recursos Contractuais manteñen a mesma liña xurisprudencial, no senso de que non debe establecerse unha exclusividade e monopolio competencial en favor dunha titulación específica senón que debe prevalecer o principio de “liberdade con idoneidade” que ampare un nivel de coñecementos técnicos que se correspondan coa clase e categoría das actividades que se deben desenvolver.

Consonte o anterior continuouse coa tramitación do dito procedemento de contratación recollendo no PPT que as funcións de educador/a requirirán estar en posesión dunha titulación universitaria media, superior ou de grao en materias propias ou relacionadas coa intervención educativa ou social.

Por outra banda cómpre ter en conta que o convenio sectorial de aplicación en todas aquelas empresas, entidades, centros, programas e servizos que se derivan da aplicación da Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor, de modificación parcial do Código Civil e da Lei de Axuizamento Civil, como é o caso que aquí nos ocupa, é o “III Convenio colectivo estatal de reforma xuvenil e protección de menores”, publicado no BOE núm. 283, do 23 de novembro de 2018.

No anexo 1 do dito convenio figura o posto de traballado denominado educador/a social, que require para o seu desempeño estar en posesión da titulación de grao en educación social ou habilitación. E na disposición final primeira do dito convenio declárase a extinguir o posto de traballo de Educador que pasa a denominarse Educador Social.

Tendo en conta o anterior e que neste proceso de contratación establécese na letra “L” do Cadro de características “condicións especiais de execución do contrato. Art. 202 da LCSP: Cumprimento dos convenios colectivos sectoriais e territoriais aplicables” na práctica determina que as novas contratacións que leve a cabo a entidade adxudicataria do dito procedemento de contratación deberán adecuarse ao establecido no dito convenio.

De acordo co anterior,

Esta unidade propón a desestimación do presente recurso ao entender que nun procedemento de contratación, concretamente no PPT, a Administración Pública non debe limitar o exercicio dunha determinada profesión a unha titulación específica, toda vez que a dita titulación (Educador/a Social no caso que aquí nos ocupa) non está incluída no catálogo de profesións para as que se necesita a obtención dunha titulación específica que habilite o exercicio da dita profesión, ademais é preciso ter en conta que a determinación dunha titulación en exclusiva para o exercicio dunha determinada profesión debe estar regulada na lei que establece as condicións do dito título académico.”

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Inadmitir** o escrito do COLEXIO DE EDUCADORAS E EDUCADORES SOCIAIS DE GALICIA sobre os pregos da contratación dun servizo para a execución de programas de intervención en réxime de acollemento residencial de primeira acollida con carácter de urxencia, referencia 09/2019, da Consellería de Política Social.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de

conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.