

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 5 de marzo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Federación Española de Asociaciones del Tercer Sector en el Ámbito de la Protección de la Infancia, Juventud y Familia, y de La Justicia Juvenil, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios “Gestión de tres puntos de encuentro familiar (PEF)”, tramitado por el área de familias, igualdad y bienestar social del Ayuntamiento de Madrid, expediente número 300/2019/00609, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 15 y 16 de enero de 2020, se publicó respectivamente, en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Con fecha 29 de enero de 2020, se publicó igualmente una rectificación de los Pliegos.

El valor estimado del contrato es de 4.562.303,98 euros y el plazo de ejecución de 2 años.

Segundo.- El 13 de febrero de 2020, la representación de Federación Española de Asociaciones del Tercer Sector en el Ámbito de la Protección de la Infancia, Juventud y Familia, y de La Justicia Juvenil (en adelante FEPJJ), presenta ante el Ayuntamiento *ad cautelam* escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato de referencia ya que consideran que el Convenio Colectivo de aplicación al contrato debe ser III Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores 2017-2021 y no el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017, que es el que se ha tenido en cuenta para establecer el presupuesto del contrato y las demás condiciones de la licitación.

El órgano de contratación remitió el recurso, el expediente administrativo y el informe de acuerdo, con lo dispuesto en el artículo 56.2 de 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), con fecha 21 de febrero de 2020, solicitando su desestimación por las razones que exponen en el informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto en plazo, dado que los Pliegos se publicaron en la Plataforma de Contratación Pública el 16 de enero siendo rectificadas el 29 de enero de 2020, y el recurso se presentó el día 13 de febrero, dentro del plazo previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto a la legitimación de la recurrente, el recurso ha sido interpuesto por la FEPJJ, persona jurídica representante de los intereses colectivos de determinadas asociaciones en el ámbito de la protección de la infancia, la juventud y la familia

Concretamente los Estatutos de la FEPJJ, en su artículo primero establecen que dentro de su ámbito le corresponde: *“la representación y la defensa de los intereses de las organizaciones no lucrativas y las entidades de iniciativa social (...) que intervienen en el ámbito de la protección de la infancia, Juventud y Familia y del sector de la Justicia Social”*.

El artículo 48 de la LCSP establece *“Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Teniendo en cuenta lo previsto en los Estatutos de la Federación y del objeto del contrato, gestión de tres puntos de encuentro familiar, debe concluirse que ostenta legitimación para la presentación del presente recurso.

Igualmente se acredita la representación del firmante del recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo, la recurrente alega que *“el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el Contrato establece que para determinar el precio del mismo se*

ha tenido en cuenta el coste del personal que estipula el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017; tomando el mismo como referencia a estos efectos”. Además exponen las diversas clausulas en las que se hace referencia a que el convenio de aplicación es el anteriormente mencionado. “Sin embargo el Convenio Colectivo que legal y preceptivamente, ha de resultar de aplicación al objeto del Contrato, esto es, la Gestión de los Puntos de Encuentro Familiar, es el III CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE REFORMA JUVENIL Y PROTECCIÓN DE MENORES 2017-2021”.

Tras analizar el ámbito de aplicación de ambos convenios, argumenta, en síntesis, que *“la Ley 3/2019, de 6 de marzo, Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid, deriva de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. El III Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores 2017-2021 es de preceptiva aplicación en todas aquellas empresas, entidades, centros, programas y servicios que ese enuncian, o se derivan de la aplicación de la siguiente normativa: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor (...) actualizados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. (...)”. Lo que viene reconocido por el propio Convenio Colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017 establece que “(...) se verán afectadas por este Convenio todas las actividades, programas, servicios, recursos, etc., incluidos de forma genérica en la acción e intervención social enmarcada en la definición de los párrafos precedentes (entre los que se encuentran como hemos visto, los Puntos de Encuentro Familiar), para colectivos en situación, o riesgo de exclusión social, salvo que estén reguladas por el actual ámbito funcional recogido en el Convenio Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores (...)”.*

El Ayuntamiento en su informe argumenta que *“el Convenio colectivo estatal de acción e intervención social en su artículo 7, relativo al Ámbito funcional, dispone: ‘El presente Convenio será de aplicación en todas aquellas empresas, asociaciones, fundaciones, centros, entidades u organizaciones similares (en adelante*

organizaciones) cuya actividad principal sea la realización de actividades de acción e intervención social (...).

Por acción e intervención social, se entienden las actividades o acciones, que se realizan de manera formal y organizada, que responden a necesidades sociales y ofrecen atención a personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad social, cuyo propósito puede ser tanto detectar, prevenir, paliar, superar o corregir procesos de exclusión social, como promover procesos de inclusión y/o participación social (...). Añade el mismo artículo que, el ámbito funcional se concreta en el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales recogido en la Resolución de 23 de abril de 2013 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales. En dicho catálogo se definen los Puntos de Encuentro Familiar en el punto 1.3.C como un ‘Recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que las relaciones de los menores con algún progenitor o miembro de su familia se encuentran interrumpidas o son de difícil desarrollo. Esta intervención es de carácter temporal, desarrollada por un profesional en un lugar neutral, y tiene como objetivo principal la normalización de la situación conflictiva, siguiendo en todo caso las indicaciones que establezca la autoridad judicial o administrativa competente y garantizando el interés y la seguridad de los menores y de los miembros de la familia en conflicto’. Y cita como población destinataria del servicio Familias en situación de conflicto familiar en el supuesto de ruptura de la convivencia con hijos a cargo. Menores de edad’.

El ámbito funcional fijado en el citado convenio es totalmente coincidente con el objeto del contrato para la gestión de los tres PEF del Ayuntamiento de Madrid. Así, la Cláusula Primera del Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato establece:

‘El objeto del presente contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía es la gestión de tres Puntos de Encuentro Familiar (PEF) por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2021.

Los Puntos de Encuentro Familiar se rigen por la Ley 3/2019, de 6 de marzo, Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar en la Comunidad de Madrid’.

Señala además el informe que *“el foco de la intervención pública, de acuerdo con lo expuesto, se centra no solo en los menores sino en las familias y los menores.*

La Cláusula Segunda del Pliego de Prescripciones Técnicas viene a plasmar de manera literal lo establecido por el legislador autonómico en el artículo 2 de la Ley 9/2019. (...).

La pretensión formulada por la entidad no puede, por lo tanto, admitirse, pues de acuerdo con lo expuesto y, teniendo en cuenta el ámbito funcional del 111 Convenio colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores (artículo 1 del Convenio) el objeto de éste son las actividades, recursos o programas dirigidos a evitar y subsanar la desprotección del menor en sus dos niveles de:

Actuaciones en situación de riesgo.

Actuaciones en situación de desamparo.

En este sentido y de conformidad con las dos definiciones que se establecen en el punto 2 del citado artículo del III Convenio colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, no cabe considerar que los menores que se atienden en los Puntos de Encuentro Familiar del Ayuntamiento de Madrid, estén en la situación de desprotección a que se ha hecho referencia.

En el mismo artículo 1.2 del III Convenio colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menor determina los servicios, programas, proyectos, actividades y actuaciones que entran dentro de este ámbito, y concretamente dispone en lo que se refiere al servicio que nos afecta en este caso: ‘Puntos de encuentro familiar, que garantizan el interés superior del menor que atiendan a menores con una medida de protección legalmente establecida’.

Añade que “la Comunidad de Madrid distingue el caso especial de los menores con medidas de protección, a los que hay que garantizar el derecho de visita de su familia biológica y para ello dispone de un recurso específico, el ‘Servicio de Supervisión de Visitas y Relaciones entre Menores Acogidos en Familia Ajena y sus Familias de Origen’, dependiente del Área de Adopción y Acogimiento Familiar, Subdirección General de Protección a la Infancia. Este recurso está encuadrado en la Comunidad de Madrid en el ámbito del III Convenio colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menor, ya que los destinatarios del mismo son los menores

con medidas de protección legal. No ocurre así con los Puntos de Encuentro Familiar incluidos en los Centros de Apoyo y Encuentro Familiar (CAEF) de la Comunidad de Madrid, dependientes del Servicio de Apoyo a las Familias de la Subdirección General de Familias y que se rigen por el Convenio estatal de acción e intervención social, dado que tampoco se tratan casos de menores en riesgo o desamparo. Los CAEF aparecen regulados en la citada Ley de Puntos de Encuentro Familiar de la Comunidad de Madrid”.

Cita además la sentencia 00084/2016, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, “dictada con motivo de la demanda interpuesta por una serie de entidades pretendiendo la impugnación del Convenio Colectivo Estatal de acción e intervención social 2015-2017, alegando, entre otros motivos, invasión masiva del ámbito funcional del II Convenio de Reforma Juvenil y Protección de Menores, en la que se reconoce. ‘(...) Los servicios sociales están extraordinariamente relacionados entre sí, existiendo fronteras muy tenues entre la mayor parte de las actividades’ y ‘(...) que la regulación del sector es extremadamente compleja y es difícil establecer fronteras claramente definidas entre unos y otros ámbitos funcionales de ambos convenios (...)’. El Fallo del Tribunal viene a desestimar la impugnación del Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017. El argumento esgrimido por la Audiencia Nacional es de aplicación al presente caso en el que, si bien hay fronteras tenues entre las actividades de uno y otro convenio, si se produce una diferencia clara, pues las actuaciones en situación de riesgo y desamparo no se corresponden con el escenario que el legislador establece para los Puntos de Encuentro Familiar que se pretenden prestar en el contrato a licitar y que viene a coincidir con la regulación que de los puntos de encuentro familiar realiza la Comunidad de Madrid y a los que aplica, como más arriba se ha indicado”.

Finalmente y respecto de la subrogación de personal, el órgano de contratación expone que “en el listado del personal a subrogar que presenta la empresa gestora del servicio, en cumplimiento de la previsión contenida en la legislación contractual, los salarios se han determinado en función de lo establecido en el Convenio estatal de acción e intervención social”.

Expuestas las posiciones de las partes debe recordarse que en distintas Resoluciones, baste citar la Resolución 107/2016 de 1 de junio, se ha mantenido por este Tribunal el criterio, según el cual *“No corresponde al Tribunal pronunciarse sobre el convenio colectivo aplicable a una relación laboral, en concreto a la derivada de la ejecución del contrato. Por tanto, en una primera aproximación no puede pronunciarse sobre la petición contenida en el recurso de que se declare que no procede la aplicación de un convenio determinado o únicamente aplicable el II Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural. Se trata de una competencia propia de la jurisdicción laboral”*.

Del mismo modo, en el caso planteado no le corresponde al Tribunal establecer si el convenio de aplicación es el de Intervención social o el de Reforma Juvenil y no puede pronunciarse sobre tal pretensión de la recurrente.

No obstante dado que existe subrogación de trabajadores y que a los mismos les es de aplicación el Convenio colectivo estatal de acción e intervención social, debe entenderse que el órgano de contratación ha actuado correctamente al establecer tal convenio colectivo como el aplicable en los Pliegos.

Por todo ello el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Federación Española de Asociaciones del Tercer Sector en el Ámbito de la Protección de la Infancia, Juventud y Familia, y de la Justicia Juvenil,

contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de servicios “Gestión de tres puntos de encuentro familiar (PEF)”, tramitado por el área de familias, igualdad y bienestar social del Ayuntamiento de Madrid, expediente número 300/2019/00609.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.