Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 117/2021_68/2023

Acuerdo 81/2023, de 11 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por el "COLEGIO DE EDUCADORES Y EDUCADORAS SOCIALES DE ARAGÓN" frente a los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de gestión educativa, terapéutica y residencial del centro de educación de internamiento de menores por medida judicial de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales del Gobierno de Aragón.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 22 de septiembre de 2021 fue insertado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación relativo al contrato que figura en el encabezamiento de este acuerdo. El mismo anuncio se publicó el día 24 de septiembre siguiente en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Segundo.- Se trata de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 20 324 796,47 euros. Según figura en los mencionados anuncios, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el día 25 de octubre de 2021.

Tercero.- El día 14 de octubre de 2021 se recibió en el órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña P.C.R., en nombre y representación del "COLEGIO DE EDUCADORES Y EDUCADORAS SOCIALES DE ARAGÓN", en el que manifestaban su disconformidad respecto a los pliegos que rigen la contratación citada en el Antecedente anterior.

El recurso –en síntesis– impugnaba la obligación -que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece - de adscribir al contrato la figura de auxiliar técnico educativo, argumentando que dicha categoría profesional no había sido incluida en licitaciones anteriores y que provocaría un solapamiento con las labores correspondientes a la categoría profesional de educador social.

En base a ello interesaba que, con la estimación del recurso, fuese declarada la nulidad del citado pliego.

Cuarto.- El día 18 de octubre de 2021, el órgano de contratación dio traslado del recurso recibido a este Tribunal, remitiendo al mismo tiempo el expediente de contratación completo y el informe al que alude 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). En su informe, el órgano de contratación se oponía al recurso.

Quinto.- Con fecha 20 de octubre de 2021, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, se remitió requerimiento de subsanación para aportación del documento que acreditara la personalidad de la recurrente, la representación del firmante del escrito de recurso así como los requisitos exigidos para entablar acciones las citadas personas jurídicas, esto es, la autorización para presentar el recurso en nombre del órgano colegiado, así como la firma del representante legal en igual formato al archivo remitido.

Sexto.- Mediante Acuerdo 105/2021, de 4 de noviembre, este Tribunal administrativo acordó tener por desistido al "COLEGIO DE EDUCADORES Y EDUCADORAS SOCIALES DE ARAGÓN" del recurso especial interpuesto, en tanto que consideró que el actor no había subsanado el documento que acreditaba su personalidad, pues no constaba la representación del firmante del escrito de recurso y tampoco se cumplían los requisitos exigidos para entablar acciones cuando se tratase de personas jurídicas, como era el caso.

Séptimo.- El Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia 189/2023, de 15 de junio estimó el recurso interpuesto por el "COLEGIO DE EDUCADORES Y EDUCADORAS SOCIALES DE ARAGÓN" contra el meritado Acuerdo, declarando que debió ser admitido el recurso, ordenando la retroacción de las actuaciones para que este Tribunal administrativo resuelva el fondo del asunto.

Octavo.- A resultas de la citada Sentencia, una vez que la misma es notificada a este Tribunal administrativo, con fecha 21 de junio de 2023, al recurso del que traía causa le es asignado el número 68/2023.

Noveno.- El día 27 de junio de 2023 se dio traslado del escrito de recurso a la adjudicataria y prestataria del servicio, otorgando a la otra mercantil interesada en el procedimiento trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Durante el plazo otorgado, no se han recibido alegaciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación del "COLEGIO DE EDUCADORES Y EDUCADORAS SOCIALES DE ARAGÓN" para interponer recurso especial así como su representación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, todo ello con base en la meritada Sentencia 189/2023, de 15 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

También queda acreditado que el recurso fue interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 de euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de un contrato, actuación específicamente contemplada entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.b) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y el recurso fue interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar el motivo en el que se funda el mismo.

En concreto, la recurrente postula en su escrito de recurso lo siguiente:

«El apartado IV del Pliego de Prescripciones Técnicas, denominado, "PERSONAL", define las plantillas exigidas para la prestación del servicio en cada uno de los programas que lo componen, así como los requisitos de titulación o formación exigidos para el desempeño de cada uno de los puestos.

En concreto, para el primero de los programas, denominado "Atención socioeducativa y terapéutica", se consigna la siguiente definición de plantilla (apartado 1):

- *1 Coordinador/a Técnico con jornada completa, de lunes a viernes.*

- *2 Coordinadores/as en jornadas diurnas de lunes a domingo. La distribución de los coordinadores será en jornadas de 8 horas. La jornada total será de 16 horas de presencia diaria durante todo el año.*
- *La presencia de 30 Educadores/as en jornada de 8 horas diarias durante todos los días del año, de los que 13 lo serán en jornada de mañana, 13 de tarde y 4 nocturna.*
- *1 Auxiliar Técnico Educativo, con jornada completa, con turno partido, de lunes a domingo. Al menos el 30% de la jornada será en horario de tarde a partir de las 16 h.*
- *1 Monitor/a de taller, con jornada completa, con turno partido, de lunes a viernes. Al menos el 30% de la jornada será en horario de tarde a partir de las 16 h.*
- *1 Monitor/a deportivo, con 50 % jornada anual, distribuidas de lunes a domingo.*
- *1 Técnico/a de Integración Laboral, con jornada completa, con turno partido, de lunes a viernes. Al menos el 30% de la jornada será en horario de tarde a partir de las 16 h.*
- *1 Trabajador/a Social, con jornada completa, con turno partido, de lunes a viernes. Al menos el 30% de la jornada será en horario de tarde a partir de las 16 h.*
- *Enfermero/a, con jornada completa de lunes a viernes. En cualquier caso, se garantizará la atención de urgencia a los menores.*
- *1 Psicólogo/a, con jornada completa, con turno partido, de lunes a viernes. Al menos el 30% de la jornada será en horario de tarde a partir de las 16 h.*
- *1 Médico Psiquiatra con experiencia en salud mental infanto-juvenil, en jornada del 65% de lunes a viernes. Podrá ser de plantilla de la entidad*

contratante o servicio contratado. El servicio se prestará siempre en el Centro.

- *1 Auxiliar gestión administrativa de apoyo a la dirección y al equipo del Centro, con jornada de 8 horas en jornada partida, de lunes a viernes.*
- *Monitores o profesores de enseñanzas artísticas. Podrán formar parte de la plantilla de la entidad adjudicataria o de un servicio externo cuyo coste correrá a cargo de la empresa adjudicataria. El servicio se prestará siempre en el Centro y por un tiempo de al menos el 50% de la jornada anual.*

Asimismo, se añade a continuación:

1.3. Para la atención de necesidades excepcionales

En el supuesto de necesidades sobrevenidas, de forma excepcional se podrá establecer un refuerzo en la plantilla socioeducativa del centro, mediante el apoyo de profesionales con categoría de Auxiliar Técnico Educativo, para el desempeño de funciones auxiliares y de acompañamiento. La necesidad deberá ser motivada mediante informe propuesta del Director del Centro, debiéndose facturar el gasto de forma independiente.

Se contará con una bolsa de 3.444 horas anuales de Auxiliar Técnico Educativo para poder atender estas necesidades excepcionales.

Es decir, en la presente licitación se crea "ex novo" una categoría profesional nueva, que hasta la fecha no existía en la Plantilla del Centro de Educación e Internamiento por medida judicial de Zaragoza, la denominada AUXILIAR TÉCNICO EDUCATIVO, que como hemos expuesto no solo se contempla como parte de la plantilla estable del Centro, sino como personal del refuerzo para atender necesidades excepcionales, mediante la constitución de una "bolsa de horas" a tal efecto.

En el apartado 2 se establece la definición de cada categoría de la plantilla y los requisitos para su desempeño. Y en el caso concreto de la categoría denominada AUXILIAR TÉCNICO EDUCATIVO se define de la siguiente forma:

> *2.7. AUXILIAR TECNICO EDUCATIVO*
>
> *Es quien, en posesión de una Titulación de ciclo formativo de Grado Superior en el área socioeducativa, colabora en la ejecución del programa educativo del centro e individual de los menores de edad o jóvenes, bajo la supervisión del educador/a y en coordinación con el resto del equipo educativo, realizando tareas auxiliares, complementarias y de apoyo a la labor de éstos.*
>
> *Ejerce labores de observación registrando las incidencias del turno a través de los distintos canales establecidos.*
>
> *Atiende y proporciona al igual que el resto de personal del centro o programa, los cuidados básicos y vela por la integración física y psíquica de los menores de edad y jóvenes.*
>
> *Elabora y rellena todos los documentos que se consideren oportunos de acuerdo a sus funciones, participa en la elaboración de proyectos específicos en función de las necesidades de los menores y de las actividades del centro o programa.*
>
> *Acompaña a los menores de edad en sus traslados o salidas, gestiones, consultas, paseos, excursiones y animación del ocio y tiempo libre en general.*

Es decir, en la definición de plantilla se mantiene el mismo número de educadores y funciones que en los anteriores pliegos de licitación del servicio (del año 2016), pero se crea una nueva categoría con un puesto (inicialmente, dado que se introduce además una bolsa de horas).

TERCERA.- La exigencia de la titulación de Diplomado en Educación Social para el desempeño de la profesión de Educador Social.

Afortunadamente, en el presente caso no es necesario hacer especial mención o esfuerzo en acreditar la exigencia legal de contar con el Título de Graduado o Diplomado en Educación Social para ejercer como tal, pues la propia administración convocante (el Gobierno de Aragón) así lo ha venido entendiendo y respetando en éste y en otros muchos procesos de licitación tanto de servicios como de plazas.

Queda claro que para ejercer como Educador Social en España es necesario y exigible contar con el título académico correspondiente (o habilitación por un Colegio Profesional). No obstante conviene recordar que la exigencia de esa titulación y su correspondencia con las funciones a desarrollar está concretada en nuestro ámbito geográfico por la Ley 9/2005 que crea el Colegio de Educadoras y Educadores Sociales de Aragón y concretamente a su artículo 4, que establece la obligatoriedad de adscribirse al Colegio de Educadores Sociales para poder desempeñar profesionalmente dicha función: "La previa incorporación al Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de Aragón será requisito necesario para el ejercicio de esta profesión en la Comunidad Autónoma de Aragón" y el artículo 3 de la citada norma expone que "podrán integrarse en el Colegio Profesional de Educadoras y Educadores Sociales de Aragón quienes posean el título académico oficial de Diplomado en Educación Social establecido en el RD 1.420/1991 de 30 de agosto, así como aquellos que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en la disposición transitoria tercera, previa la correspondiente habilitación".

Es decir, con arreglo a dicha norma, sólo pueden ejercer como Educadores Sociales en Aragón quienes estén en posesión del título universitario de dicha diplomatura o hayan sido habilitados expresamente por el Colegio Profesional para el ejercicio (previa solicitud y según el procedimiento y supuestos de habilitación previstos por dicha norma).

CUARTA.- La creación de la nueva categoría profesional de Auxiliar Técnico Educativo prevista en los pliegos.

La creación "ex novo" en la presente convocatoria de la categoría de Auxiliar Técnico Educativo, en nuestra opinión, pese a que pudiera tener apariencia de legalidad formal, en la práctica es contraria a derecho y resulta lesiva para el interés de la profesión, pero, lo más grave de todo es que resulta especialmente perjudicial para los derechos de los menores y las menores internados en el Centro, dado que compromete la atención que reciben y supone un grave retroceso en el reconocimiento de sus derechos.

A) INEXISTENCIA DE LA CATEGORIA PROFESIONAL.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la categoría profesional que se pretende crear no está prevista legalmente en ningún texto normativo, ni está referenciada o descrita formalmente. Es más, ni siquiera existe en el sistema educativo una titulación específica destinada a su ejercicio (obsérvese que en la referencia a la titulación exigida se exige una titulación de Formación Profesional genérica).

Sí que es cierto que esta figura fue introducida como categoría profesional en el Convenio Colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, pero no está recogido en el Convenio Colectivo que actualmente se aplica a los trabajadores del Centro (Convenio FAIM), y precisamente no fue incluido con el objetivo de prevenir tal solapamiento de puestos de trabajo para idénticas funciones.

Y ello no es cuestión baladí, dado que los propios Pliegos se refieren al citado Convenio Colectivo de la FAIM que regenta el centro de trabajo CEIMJ de Zaragoza para referirse y fijar los costes del personal, en concreto en el desglose de los costes directos. Y es esto relevante, pues si se toma como base dicho convenio, este no recoge como categoría profesional la de auxiliar

técnico educativo, por lo que se debería de eliminar del pliego de prescripciones técnicas.

Además, como se explica más adelante, la regulación prevista en el Pliego contraviene lo dispuesto en el convenio, de una forma que pudiera parecer liviana, pero que resulta esencial en la práctica y además es reveladora de las verdaderas intenciones (no explícitas) de la administración al introducir esta nueva categoría.

B) INEXISTENCIA DE DEMANDA PREVIA

Es cierto que en los últimos años se ha producido una reclamación generalizada desde múltiples instancias sociales y jurídicas denunciando la falta de medios personales suficientes para prestar el servicio en el Centro de forma solvente, segura y garantista de los derechos de los menores internos y de los propios trabajadores. Esta reclamación se ha visto agudizada en los últimos años por el incremento de ocupación del Centro y por la especial conflictividad de algunos menores (especialmente por el fenómeno de las llamadas "bandas" que está suponiendo una dificultad añadida en el trabajo con los menores internados por la conflictividad que genera). Esta denuncia se ha visto incluso apoyada por el Informes recientes del Defensor del Pueblo a raíz de la disminución en la plantilla de Educadores que se realizó por la administración.

Pero, como a continuación se detalla, la creación de una figura auxiliar en modo alguno contribuirá a agilizar el trabajo o descargará de funciones a los educadores (salvo que se quiera asignar al Auxiliar funciones propias de un Educador…), sino más bien todo lo contrario: le genera una función añadida, como es tener que supervisar y controlar el trabajo del auxiliar.

Resulta significativo que desde los propios trabajadores, Comité de Empresa y otros profesionales del sector social nunca jamás se ha reivindicado la creación de esta figura como solución para paliar el déficit de recursos, ni como

adecuada desde el punto de vista de la calidad de la intervención educativa. Tan solo ha sido defendida por la propia Administración, porque en realidad lo que persigue es un mero abaratamiento de los costes del servicio: en vez de dotar de más Educadores, como se está reclamando y recomendando desde todas las instancias se introduce esta figura cuyo coste es evidentemente menor.

C) RETROCESO EN LA GARANTÍA DE DERECHOS Y CALIDAD DE LA INTERVENCIÓN.

La concepción de los Centros de Reforma de Menores ha experimentado una evolución importante en los últimos cuarenta años, afortunadamente. Por un lado se ha pasado de una concepción puramente punitiva a una concepción educativa, marcada por la evolución de las leyes que han regulado el derecho penal del menor; y por otro, de una intervención puramente asistencial o de beneficencia a otra de carácter socioeducativo y profesional; por último, esta evolución también se ha visto reflejada en el reconocimiento de los menores internos como sujetos de derechos y en establecimiento de sistemas de garantía para la salvaguarda de sus derechos como menores.

Pues bien, la creación ahora de esta figura del Auxiliar Técnico Educativo supone en realidad un retroceso en todo ese proceso de evolución, dado que va a generar en la práctica una vuelta al carácter más puramente asistencialista y un riesgo para la garantía de los derechos de los menores, dado que se apuesta por una intervención donde prima el mero control por encima de la intervención educativa.

D) LA CONCEPCIÓN DE LA INTERVENCIÓN EDUCATIVA.

Dentro del proceso evolutivo que mencionábamos en el apartado anterior se alza como cuestión principal la concepción de la intervención educativa en un servicio como el prestado en el Centro. De la lectura de los pliegos parece deducirse que la Administración convocante apuesta por una intervención

educativa muy parcial y esquelética, dando por sentado que solo se realiza intervención educativa en determinadas actuaciones más formales.

A este respecto hemos de recordar que, precisamente la intervención del Educador Social se conceptúa como una intervención educativa integral en el ámbito no reglado, es decir, en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Esta concepción, que resulta muy importante en un desarrollo vital normalizado, se convierte en imprescindible en chavales sometidos a medidas de internamiento, cuyo desarrollo vital y circunstancias son especialmente difíciles, lo cual exige no solo un abordaje más profesional y cualificado sino también más integral, si cabe. Es decir, cada acompañamiento, cada actividad, cada conflicto ha de entenderse como una oportunidad y escenario privilegiado de intervención educativa (en ocasiones, mucho más que la intervención en un escenario o ámbito más formal), por lo que relegar a estas intervenciones a un papel secundario o instrumental (que puedan ser realizadas por personas sin capacitación) supone en la práctica apostar por una intervención educativa anquilosada y formalista o bien sustituir en buena medida la finalidad educativa por otra de mero control.

E) LA DEFINICIÓN FUNCIONAL DE LA CATEGORÍA.

A este respecto, resulta muy elocuente a este respecto cómo se ha intentado esconder esta circunstancia en la redacción de los Pliegos, al definir las funciones propias de la categoría de Auxiliar Técnico Educativo. Si se observa con detenimiento, la definición expuesta en el Punto 2 del Apartado IV de los Pliegos está copiada literalmente de la definición que establece de dicha categoría el Convenio Colectivo estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, en su Anexo I, pero sorprendentemente en los pliegos se ha eliminado la última frase de dicha definición, que en el Convenio dice:

"Durante la realización de las actividades estará acompañado y supervisado por el educador."

Esta omisión no es casual ni inocente. Esconde en realidad la verdadera intención de la Administración con la introducción de esta categoría: aminorar el coste del servicio, precarizando la función educativa. Es decir, a la vista del Pliego no se exige que el Auxiliar Técnico Educativo esté siempre acompañado y supervisado por un Educador, lo cual, ya de por sí es absolutamente contrario a derecho (como lo demuestra el hecho de que así lo exija el propio convenio colectivo) sino contrario a toda lógica, dado que la definición de un puesto auxiliar exige serlo de alguien, es decir, trabajar "en ayuda de" lo que implica necesariamente "trabajar con".

Pero es que además esta circunstancia en realidad lo que refleja, como decimos, es una precarización de la función educativa, dado que se pretenden asignar al Auxiliar funciones autónomas de intervención educativa, para las que carece de la formación adecuada. Esta precarización genera inexorablemente los siguientes efectos:

- *Un atentado contra los derechos de los menores internos, al afectar a la calidad de la atención educativa que han de recibir; no puede olvidarse que, durante su estancia en el centro, los menores están bajo tutela de la administración, que ha de ser la garante última de la salvaguarda de sus derechos.*
- *Un riesgo para el normal funcionamiento del centro, dado que la carencia de la debida formación y capacitación incrementa notablemente la posibilidad de que se generen conflictos o la dificultad para resolverlos.*
- *Un riesgo para los derechos de los trabajadores, tanto de los auxiliares, que se ven forzados a realizar funciones para las que no están capacitados, como para el resto, dado que supone un factor añadido de dificultad e inseguridad.*

- *Y un claro caso de intrusismo profesional, dado que posibilita que trabajadores sin la formación necesaria se vean compelidos y obligados a realizar funciones propias de una categoría superior y para la que no están capacitados.*

Esta situación se ve corroborada por otro hecho tremendamente significativo. Los propios pliegos prevén, como hemos visto, una dotación excepcional de medios personales para intentar paliar situaciones excepcionales que se pudieran dar durante la ejecución del contrato:

> *1.3 Para la atención de necesidades excepcionales*
>
> *En el supuesto de necesidades sobrevenidas, de forma excepcional se podrá establecer un refuerzo en la plantilla socioeducativa del centro, mediante el apoyo de profesionales con categoría de Auxiliar Técnico Educativo, para el desempeño de funciones auxiliares y de acompañamiento. La necesidad deberá ser motivada mediante informe propuesta del Director del Centro, debiéndose facturar el gasto de forma independiente.*
>
> *Se contará con una bolsa de 3.444 horas anuales de Auxiliar Técnico Educativo para poder atender estas necesidades excepcionales.*

Es decir, se reconoce que durante la ejecución del contrato se pueden generar situaciones excepcionales en el centro que requieran una ampliación de los medios personales. Es evidente que, como tales situaciones excepcionales, serán momentos de especial gravedad y/o dificultad en la intervención, que requieren por lo tanto de soluciones excepcionales. Y, ante ello, ¿cuál es solución que ofrece el Pliego? Sencillo: contratar más Auxiliares Técnicos Educativos. No contratar más Educadores (como sería lo lógico) u otros profesionales formados y capacitados. No. Se opta por habilitar la contratación de más Auxiliares. Más allá de que esta solución es absolutamente contraproducente (sino ridícula), si se observa con detalle, viene a ser el

corolario que demuestra que la única intención de la administración es precarizar y economizar y ello por dos motivos:

a) si ante el aumento de la carga de trabajo y/o la dificultad ocasional, la solución ofrecida es contratar Auxiliares es porque se les va a encomendar funciones impropias de su categoría (pues de lo contrario ninguna ayuda generarían).

b) se habilita una bolsa genérica de 3.444 horas anuales, lo que supone más de una jornada y media completas a la semana. Es decir, supone una enorme cantidad de horas en proporción a la plantilla estable, que en realidad lo que pretende es introducir de forma subrepticia y poco a poco la figura del Auxiliar para ir sustituyendo progresivamente la figura del Educador, como figura de intervención principal.

En suma, la creación de la figura del Auxiliar no solo no está justificada desde un punto de vista organizativo, pedagógico o social, sino que supone un retroceso y una dificultad añadida para la ya de por sí endeble estructura del Centro.

Si ya está acreditado que la actual dotación de Educadores del Centro es manifiestamente insuficiente y precaria, la aparición de los Auxiliares la debilitará todavía más, tanto si se pretende que éstos puedan trabajar solos y sin compañía de un Educador (como prevén los pliegos expresamente), como si desarrollaran la función con éstos (puesto que en ese caso el Educador verá incrementadas sus funciones al tener que acompañar dicho proceso, no pudiendo delegar prácticamente funciones dado que casi ninguna de las que tiene asignadas pueden tener carácter subalterno en personas de capacitación inferior).

Por todo ello, se considera que la inclusión en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la figura del Auxiliar Técnico Educativo es contraria a la normativa vigente y a la lógica de la intervención educativa y, lo que es más importante,

compromete seriamente la garantía de los derechos de los menores sometidos a medida judicial, que están bajo tutela de una administración que debe alzarse como garante última de sus derechos y que debe promocionar sus posibilidades de inserción en la vida social fuera del Centro.

QUINTA.- Formación como calidad e intrusismo como peligro.

El hecho de que se exija una determinada titulación específica para poder desempeñar las funciones propias de un Educador (o habilitación expresa de un Colegio) es en realidad un elemento que contribuye sobremanera a incrementar la calidad del sistema en general y de su esfera pública en particular, ya que presupone una formación especializada previa para el puesto en cuestión. No es por lo tanto una restricción gratuita o injustificada, sino un indicativo que contribuye a mejorar la calidad de un servicio público.

Nuestro sistema de prestaciones públicas viene reconociendo la importancia de la función del Educador dentro de la intervención integral con múltiples colectivos sociales, y el hecho de permitir que personas con menor formación pudieran desempeñar dichas funciones, amén de conculcar la legislación vigente, supondría un descrédito para dicha función y un paso atrás en el reconocimiento y dignificación de dicha profesión.

Es cierto que todas las profesiones sufren en mayor o menor medida la lacra del intrusismo profesional (que incluso está definido como delito en el Código Penal vigente), pero también lo es que en algunos casos ha de realizarse un esfuerzo mayor en propagar la conciencia social al respecto y en este sentido, las Administraciones Públicas han de ser ejemplo para la iniciativa privada y ejercer un control sobre su esfera de actuación (pues no hay que olvidar que, aunque se opte por la gestión privada del servicio, no deja de ser un servicio público), contribuyendo a consolidar la calidad de los servicios. Y un pilar fundamental de dicha calidad es precisamente la adecuada formación para el desempeño de las funciones requeridas, exigiendo la titulación específica para

ello (o la habilitación correspondiente). De esta manera, no se están creando figuras auxiliares del Trabajador Social o del Psicólogo, ni siquiera se plantea.

De no modificarse la cláusula de la licitación, se estaría propiciando una merma en la calidad de la intervención, en perjuicio de profesionales que ostentan la formación más acorde y específica con las funciones requeridas, lo cual dice muy poco de la calidad que debe presidir este servicio público, sobre todo teniendo en cuenta que en todo caso los destinatarios de dicho servicio son personas que merecen una adecuada intervención y que en este caso, un colectivo con indicativos de exclusión que hacen más difícil la intervención y más necesaria la formación.

SEXTA.- Conclusión.

Es propósito de este Colegio Profesional asumir la función pública de defensa del ejercicio de la profesión que por ley tiene encomendada y en consecuencia sensibilizar a las Administraciones (y en su caso exigir mediante la defensa legal de dichas pretensiones) para que exijan, en consonancia con la normativa vigente, el requisito de formación específica o habilitación para el desempeño de la profesión de Educador Social.

Por ello, para que la convocatoria ahora impugnada sea respetuosa con la normativa señalada, debe modificarse el Pliego de Prescripciones Técnicas de la Convocatoria y en eliminar de la Plantilla definida para el servicio en el apartado "IV PERSONAL" la figura de Auxiliar Técnico Educativo descrita en el punto 1.1., así como la previsión para situaciones excepcionales recogida en el punto 1.3. (sustituyéndola en este último punto, en su caso, por una bolsa de horas para la categoría de Educador Social).»

Por su parte, el órgano de contratación se oponía al recurso argumentando lo siguiente:

«El CEIMJ es un centro público cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón y destinado a la ejecución de medidas educativas y de internamiento en centro, impuestas por la autoridad judicial, en base a la responsabilidad penal de los menores de edad.

En dicho centro los menores de edad cumplen medidas de internamiento en régimen cerrado, terapéutico y semi abierto, así como cumplimiento de medidas de internamiento de fin de semana.

La evolución de las necesidades de la población atendida en los últimos años indica que se prevea que el número de menores que podrían ser usuarios del centro de forma simultánea serían:

Convivencia en Centro Educativo: Máximo de 4 residentes

Medidas de Internamiento: Máximo de 45 residentes

Medidas de Fin de semana: Máximo de 4 residentes

Cabe señalar que la previsión de atención señalada en los pliegos de prescripciones técnicas que rigen el contrato en vigor contemplaban la atención de un máximo de 66 menores: 40 en medidas de internamiento y 26 en medidas de convivencia en centro de día/grupo de convivencia y fines de semana.

Sin embargo, a pesar de contemplar una reducción importante del número de menores susceptibles de ser atendidos en el centro, se ha mantenido el mismo número de profesionales educadores establecido en el contrato actual, fundamentalmente porque las características y necesidades de los menores internados requieren de una mayor intervención educativa.

Además de mantener el mismo número de educadores sociales, se ha considerado oportuno y necesario introducir un nuevo perfil profesional en la atención socioeducativa, con el objetivo de servir de apoyo y de acompañamiento al equipo socioeducativo del centro, que no sólo está formado

por educadores sociales, sino también por Trabajador Social y profesionales del ámbito sanitario como psiquiatra, enfermera y psicólogo, y del ámbito formativo como maestros de taller y profesores de enseñanza reglada y de actividades lúdicas y deportivas.

La incorporación de profesionales Auxiliares Técnicos Educativos viene a incrementar el perfil de atención socioeducativa del centro, integrado en el conjunto del equipo interdisciplinar del mismo, con la delimitación de funciones y titulación exigida establecidas en el Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores que sirve como referencia al conjunto de dispositivos de atención residencial a menores de edad

Por lo tanto, la incorporación de profesionales con categoría de Auxiliar Técnico Educativo no puede considerarse, en ningún caso, una situación de intrusismo profesional, respecto de la categoría de Educador Social, al ser dos profesiones independientes, diferenciadas y definidas en su titulación y funciones específicas.

La incorporación de un nuevo perfil profesional obedece al criterio de reforzar las funciones auxiliares y de acompañamiento, liberando al educador social de la realización de dichas tareas, lo que permite una mayor y mejor dedicación en la intervención propiamente educativa con el menor. Supone un incremento en valor para la atención directa de los niños, niñas y adolescentes residentes en el Centro.

La categoría profesional de Auxiliar Técnico Educativo existe como titulación de grado superior en el área socioeducativa, siendo incluida como tal en el Convenio estatal de referencia señalado anteriormente, por lo que se considera que son profesionales con preparación técnica para el desempeño de su labor, no menoscabando los derechos de los menores y jóvenes por ellos atendidos.

Por otro lado, la organización del trabajo será la que determinará las funciones y competencias de cada categoría profesional de acuerdo a las necesidades de

cada menor y de acuerdo a lo establecido en su plan educativo individual, siendo competencia de los órganos establecidos al efecto en el Centro de trabajo y en la entidad adjudicataria, responsable de la gestión de personal adscrito al Centro, la supervisión de la gestión educativa y residencial.

El auxiliar técnico educativo tiene funciones y tareas propias que puede desempeñar de forma autónoma, que en todo caso deberán ser incluidas en el plan educativo de intervención de cada menor.

El acompañamiento y supervisión por el educador social no se interpreta como un mero acompañamiento físico, al igual que no se lleva a cabo con otros profesionales de igual nivel y con funciones auxiliares, como auxiliares administrativos o técnicos de cuidados de enfermería, por ejemplo, que, aunque sean supervisados por profesionales técnicos pueden desempeñar sus tareas de forma autónoma.

Por ello, no supone una carga de trabajo para el educador social, sino un apoyo en la realización de tareas auxiliares que no constituyen intrusión ni desigualdad laboral entre ambas categorías profesionales.

El art. 34 del IV convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores contempla la obligatoriedad de la subrogación del personal que esté prestando servicio en el centro con los derechos y obligaciones reconocidas por el anterior empleador, por lo que a la hora de establecer los costes de personal del contrato que se licita es preciso tener en cuenta los costes de los mismos, facilitados por la empresa que actualmente realiza el servicio de gestión educativa y residencial del CEIMJ de Zaragoza. Por lo tanto, si dicha entidad dispone de un convenio propio suscrito con sus trabajadores, se deberán tener en cuenta las retribuciones y complementos pactados.

Al introducir una categoría profesional no contemplada en el contrato anterior, ha sido preciso recurrir a las tablas salariales y condiciones de trabajo

establecidas en el Convenio estatal de referencia, puesto que no existen profesionales susceptibles de subrogación.

En cuanto a la inexistencia de demanda previa de creación de la figura de Auxiliar Técnico educativo, cabe señalar que no se ajusta a la información recibida en esta entidad pública por parte de responsables de centros y de entidades gestoras de servicios. En los últimos años ha habido una importante demanda de incorporación de nuevos perfiles profesionales a los centros de protección que pudieran complementar las funciones socioeducativas, solicitando su incorporación sobre todo para la cobertura de turnos nocturnos.

Esta solicitud ha sido repetida por las entidades concertadas, las colaboradoras, y por los profesionales directivos de los recursos residenciales públicos. La solicitud de incorporación de perfiles viene siendo una reivindicación generalizada para la mejora de la atención a los niños, niñas y adolescentes ya que permite enriquecer la labor de atención personalizada e individualizada requerida en sus cuidados, manteniendo la especialización y el rigor formativo y capacitación de los profesionales que componen los equipos.

Es por ello que, desde esta Administración, se ha valorado la constitución de equipos interdisciplinares que pudieran garantizar una intervención más integral con las personas menores y jóvenes atendidos en centros de protección. Por ello, se ha tendido en algunos de los servicios concertados a la constitución de equipos formados por Educadores sociales, Auxiliares técnicos educativos, Trabajadores sociales y mediadores culturales. La experiencia de la conformación de estos equipos ha sido muy positiva y muy bien valorada por las direcciones de centro, entidades y profesionales, garantizando una atención integral a las necesidades que presentan.

Por lo tanto, la incorporación del Auxiliar Técnico Educativo no es en modo alguno perjudicial para garantizar los derechos de las personas menores, sino que sirve de complemento y de refuerzo al formar parte del equipo socioeducativo del centro.

Las funciones de este perfil profesional no constituyen una labor de mero control sobre la actividad del menor, sino que realizan tareas auxiliares, complementarias y de apoyo al equipo socioeducativo, tal como recoge sus funciones el Convenio estatal de referencia, con una formación específica para realizarlas.

En ningún apartado de los pliegos técnicos ni administrativos se contempla la asignación de tareas educativas que deban ser realizadas por el Auxiliar Técnico Educativo, porque ello sí que constituiría una irregularidad en materia laboral. El objeto es la convivencia de ambos perfiles profesionales en el equipo socioeducativo del centro, al igual que conviven con otras disciplinas como el Trabajo Social, la Psicología, la Enfermería, la Psiquiatría, la Enseñanza y otras, no suponiendo ello ningún riesgo para el normal funcionamiento del centro ni para los derechos de los trabajadores del centro, y por supuesto no supone una intrusión en las funciones propias de la Educación Social.

La creación de una bolsa de horas de auxiliar técnico educativo se considera oportuna para el refuerzo de la labor educativa. En momentos de mayor necesidad, las funciones auxiliares y de acompañamiento pueden derivarse a profesionales que puedan llevarlas a cabo de forma acorde a su capacitación, liberando al educador social de realizarlas para centrarse con mayor intensidad en su labor propiamente educativa.

Por otra parte, la introducción del perfil profesional de auxiliar técnico educativo es acorde a la normativa vigente al estar incluido en Convenio Colectivo estatal, tal como ya se ha expuesto con anterioridad.

Es preciso hacer una precisión con respecto a la consideración de tutela de los menores que se señala en el texto de alegaciones presentada. Los menores ingresados en el CEIMJ de Zaragoza lo están bajo el cumplimiento de una medida judicial de internamiento, siendo sus progenitores o tutores legales quienes ejercen su tutela y representación en todo caso.

La defensa de la profesión de educador social es legítima, al igual que la defensa de la profesión de los Auxiliares Técnicos Educativos o de cualquier otra disciplina en el ejercicio de su labor profesional.

Por otro lado, el pliego de prescripciones administrativas contempla la interposición de penalidades a la entidad adjudicataria del contrato de servicios en el caso de incumplimiento de las condiciones establecidas en materia de personal, por lo que el contrato en sí mismo constituye garantías para el cumplimiento de las obligaciones de la empresa con respecto a su personal.

Por todo ello, no se considera oportuno considerar viable la solicitud planteada por el Colegio de Educadores y Educadoras Sociales de Aragón de impugnación de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas en lo relativo al apartado IV personal que concreta la plantilla exigida para la prestación del servicio.»

Expuesta la controversia este Tribunal administrativo considera que para resolver el debate aquí planteado procede traer a colación por todos el Acuerdo 14/2021, de 12 de febrero con cita en el Acuerdo 14/2021, de 12 de febrero, en el que se ponía de manifiesto lo siguiente:

« (e)s preciso recordar, que el recurso especial en materia de contratación que regula la LCSP tiene como finalidad –ex artículo 1.1 LCSP– garantizar que la contratación del sector público se ajuste a los "principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa". Es decir que, con el recurso especial, como

ya señaló este Tribunal en su Acuerdo 96/2016, de 27 de septiembre: "se trata de garantizar la tutela de los derechos que las Directivas europeas reconocen a los licitadores, y que quedan plasmados en las normas nacionales que las trasponen. Estos son los parámetros en los que deben producirse las resoluciones de este Tribunal, sin que le corresponda pronunciarse sobre aquellos aspectos que excedan de este ámbito". La libre competencia en el procedimiento de licitación ha de preservarse en el recurso especial, de acuerdo con las normas y principios que rigen la contratación pública, pero en modo alguno le compete a este Tribunal administrativo valorar en abstracto la posible infracción de normas de ámbitos distintos al de la contratación pública y las dictadas en su desarrollo, ya sean las que regulan la libre y leal competencia, el funcionamiento de los mercados sectoriales, o como en el presente caso, el servicio postal universal con su configuración legal y reglamentaria tras la liberalización del sector, pues queda absolutamente fuera de la competencia de este Tribunal.»

Así en el presente caso cabe concluir de igual modo que en el referido Acuerdo, en tanto que este Tribunal debe ceñirse a analizar las infracciones que vulneren la legislación contractual pública y no los preceptos de la Ley 9/2005, de 10 de octubre de creación del Colegio Profesional de Educadoras y Educadores de Aragón que el recurrente invoca, en tanto que no es competencia de este Tribunal administrativo.

De ahí que la cuestión planteada es una controversia que excede del ámbito que acaba de definirse, y que no puede resolverse con la aplicación de la normativa en materia de contratación pública, por lo que procede declarar la inadmisión de la pretensión del recurso, por no ser de competencia de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21.1.a) de la LMMCSPA y artículo 55.a) de la LCSP.

Y no obsta la conclusión anterior el hecho de que el recurrente formule una denuncia genérica limitándose a invocar el artículo 48 de la LCSP, dedicado a al requisito de la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, pues la formulación de una denuncia fundada debe cumplir los requisitos que ya ha señalado en reiteradas ocasiones este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 58/2023, de 15 de junio, no siendo este el caso, tal y como se ha expuesto.

Así por mor del artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), corresponde remitir el escrito de recurso para tal pretensión, al órgano de contratación al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como el recurso administrativo que proceda, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de esa Ley, a fin de que en dicho aspecto no se vea mermado el derecho a la defensa del actor, que ha de sustentarse –cabe insistir– por cauces distintos al del procedimiento de recurso especial.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el “COLEGIO DE EDUCADORES Y EDUCADORAS SOCIALES DE ARAGÓN” frente a los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato

denominado «Servicio de gestión educativa, terapéutica y residencial del centro de educación de internamiento de menores por medida judicial de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales del Gobierno de Aragón, al no incumbir su resolución a este Tribunal administrativo.

SEGUNDO.- Remitir el escrito de recurso a la Administración contratante al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la LPAC, para la pretensión analizada en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.