

Expte.

DI-1088/2011-12

**Sr. ALCALDE-PRESIDENTE DEL  
AYUNTAMIENTO DE CALATAYUD  
Plaza Joaquín Costa, 14  
50300 CALATAYUD  
ZARAGOZA**

**ASUNTO:** Sugerencia relativa a la subcontratación de prestaciones que forman parte de la concesión administrativa de gestión y explotación de las piscinas públicas de Calatayud.

#### **I.- ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 16 de junio tuvieron entrada en esta Institución dos quejas relacionadas con la concesión administrativa de gestión y explotación de las piscinas públicas de Calatayud.

En las mismas se hacía alusión a que la Asociación de Vecinos del Barrio de X, que según las quejas habría resultado adjudicataria del contrato correspondiente a la instalación municipal ubicada en dicho barrio, habría subcontratado la explotación del Bar de la piscina, y ello a pesar de que, según la queja, en el Pliego de Prescripciones Técnicas de esta licitación se indicaba que, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Contratos del Sector Público, únicamente podrían subcontratarse prestaciones accesorias.

**SEGUNDO.-** A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 20 de junio un escrito al Ayuntamiento de Calatayud a fin de recabar información acerca de la cuestión planteada.

**TERCERO.-** La respuesta del Ayuntamiento se recibió el 23 de agosto, y en ella hizo constar, textualmente, lo siguiente:

*“En contestación a la petición de información sobre el control de ejecución del contrato de gestión y explotación de la piscina pública del Barrio de X de Calatayud, en primer lugar justificar el retraso en mi contestación en la dificultad en convocar una reunión con los adjudicatarios, dadas las fechas estivales en las que nos encontramos.*

*Tras recopilar la información de los responsables de la Asociación adjudicataria del contrato, puedo aclararle que en ningún caso se ha subcontratado el objeto principal de mismo, que es la gestión, explotación, mantenimiento y puesta*

*en marcha de las instalaciones, así como la contratación de seguros de responsabilidad civil y la reparación de los desperfectos y averías, encargándose miembros de esta asociación de estas labores.*

*Según me informa la asociación, la persona que atiende el bar es un autónomo que está empleado por estos, sin que medie una subcontratación de la gestión de las instalaciones deportivas, quedando sus funciones únicamente dentro de las propias de la atención de hostelería y abonos.*

*Además, esta fórmula es la misma que han empleado la mayor parte de los adjudicatarios de la gestión y explotación de las piscinas ubicadas en los barrios pedáneos, mediando con ellas un contrato en los mismos términos, ante la dificultad de formalizar un contrato laboral por parte de estas asociaciones sin ánimo de lucro.”*

**CUARTO.-** En vista de la respuesta ofrecida, se consideró que era preciso ampliar algunos aspectos de la misma para poder llegar a una decisión más fundamentada en cuanto al fondo del asunto, por lo que el 9 de septiembre se dirigió un nuevo escrito al Ayuntamiento de Calatayud, en que se solicitaba se indicase qué porcentaje económico supone la gestión del bar sobre la totalidad del contrato con todas sus prestaciones, que según había adelantado comprenden la puesta en marcha, gestión, explotación y mantenimiento de las instalaciones (incluyendo la reparación de desperfectos y averías). Todo ello en orden a dilucidar si la gestión del bar debía calificarse como prestación esencial o accesoria al contrato.

**QUINTO.-** La respuesta tuvo entrada en 16 de noviembre, y en ella se podía leer lo siguiente:

*“En contestación a sus escritos de 9-9-2011 y 20-10-11, referentes al expte. DI-1088/2011-12, le comunico que tal como se informaba con fecha 9 de agosto pasado, el objeto principal del contrato es la gestión y explotación de la piscina, el servicio de bar es accesorio y está gestionado directamente por la entidad adjudicataria, no constando en el Ayuntamiento que medie en ningún caso una subcontratación del servicio de bar.”*

## **II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**Primera.-** Partiendo de ser cierto que la gestión del bar pueda calificarse como prestación accesoria al contrato de gestión y explotación de la piscina, puesto que así lo afirma el Consistorio, no es menos cierto que dicha gestión del bar se está llevando a cabo por persona jurídica distinta del adjudicatario del contrato, en concreto por una empresario individual.

La respuesta ofrecida por el Ayuntamiento habla de un “*autónomo empleado por*” la Asociación adjudicataria. No obstante, dado que, según el propio informe, se trata de un autónomo, y que desempeña sus funciones como tal, no se trata de una relación laboral por cuenta ajena, con un contrato laboral y correspondiente alta en el Régimen General de la Seguridad Social, sino de un

empresario individual inscrito en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En cualquier caso tal conclusión viene confirmada por la afirmación vertida por la Administración municipal según la cual estas Asociaciones actúan de este modo *“ante la dificultad de formalizar un contrato laboral”*.

Por lo tanto estamos ante un supuesto de subcontratación, dado que esa concreta prestación que nos ocupa no la desempeña el adjudicatario, sino una tercera empresa, en este caso, un empresario individual. Y ello con independencia del modo verbal o escrito en que en la práctica se haya articulado la situación de hecho en virtud de la cual la Asociación adjudicataria encarga o al menos permite a ese tercero la explotación del bar, prestación que se encontraba incluida entre las comprendidas en el pliego del contrato.

**Segunda.-** Si nos atenemos al Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen el contrato, cuya copia nos trasladaron los ciudadanos presentadores de la queja, podemos leer en el punto 23.2 lo siguiente:

***“23.2.- SUBCONTRATACION***

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 265 de la LCSP, solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, debiendo cumplirse los requisitos recogidos en el artículo 210 de la citada ley”*

Ello implica una primera consecuencia importante, a saber, que la subcontratación no se encontraba totalmente vedada en el pliego, como parecía inferirse de las quejas presentadas, sino que se limitaba a trasladar la prohibición legal, que se circunscribe a prestaciones esenciales, permitiendo la que se realice sobre las accesorias.

En el caso que nos ocupa, la prestación de gestión del bar podía calificarse, según el Ayuntamiento, como accesorio, de modo que debemos acudir al artículo 210 de la Ley de Contratos del Sector Público a examinar los requisitos exigibles.

**Tercera.-** No existe duda acerca de ser aplicable la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, vigente a día de hoy toda vez que no ha entrado en vigor el *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*.

El artículo 210 de la citada Ley 30/2007, señala lo siguiente:

*“1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.*

*2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:*

*a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar,*

señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

3. *La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.*

4. *Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.*

*El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.*

5. *En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 49.*

6. *El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.*

7. *Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.*

*Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 196.1 y 206.g).”*

Dado que, atendiendo a la respuesta redactada por el Ayuntamiento, parece que el consistorio no tuvo conocimiento del desempeño de la gestión del bar por un tercero hasta que esta Institución se interesó por ello, ello supondría que el adjudicatario habría incumplido la obligación de comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar el subcontrato, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia.

No podemos dejar de subrayar que el párrafo 3 del precepto transcrito señala que la infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

**Cuarta.-** Por otra parte, debe añadirse que el Ayuntamiento de Calatayud reconoce, tras informarse al respecto, que *“esta fórmula es la misma que han empleado la mayor parte de los adjudicatarios”*, a los que, evidentemente, es de aplicación la misma normativa y requisitos indicados en las consideraciones jurídicas anteriores.

### **III.- RESOLUCIÓN**

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Ayuntamiento de Calatayud la siguiente **SUGERENCIA**:

Que realice un control sobre la ejecución de los contratos concesión administrativa de gestión y explotación de las piscinas públicas de Calatayud, exigiendo el cumplimiento por los adjudicatarios de los requisitos legalmente previstos para la subcontratación de prestaciones incluidas en el contrato, adoptando para ello las medidas que procedan.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

**Zaragoza, a 21 de noviembre de 2011**

**EL JUSTICIA DE ARAGÓN**

**FERNANDO GARCÍA VICENTE**