



Expediente: 10/2022

ACUERDO 39/2022, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña O. R. M. frente al *Contrato de servicios para el desarrollo de actividades deportivas* licitado por el Ayuntamiento de Tudela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 2022, el Ayuntamiento de Tudela publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del *Contrato de servicios para el desarrollo de actividades deportivas*, cuyo objeto es la prestación de los siguientes servicios:

- Actividades deportivas para adultos, sala de musculación y cardiovascular del complejo municipal Ribotas
- Servicio de socorristas de las piscinas de verano
- Servicio de conserjería en los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor
- Servicio de coordinación del contrato

SEGUNDO.- Con fecha 21 de febrero, doña O. R. M. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicho contrato.

La interposición de dicha reclamación se realiza, según señala, como portavoz del grupo municipal de Izquierda Ezkerra del Ayuntamiento de Tudela.

Señala como antecedentes de su reclamación los siguientes hechos:

1º. La Junta de Gobierno Local acordó el 28 de enero de 2022 aprobar el expediente de contratación de dicho contrato y disponer la apertura de su procedimiento de adjudicación.

2º. La Junta de Gobierno Local acordó el 4 de febrero ampliar a Ociosport Rioja, S.L. el contrato de asistencia para el desarrollo de actividades deportivas municipales, a la prestación del servicio de conserjería de los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor.

3º. El pasado año fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Tudela la gestión directa por el propio Ayuntamiento de los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1ª. Que el artículo 122 de la LFCP delimita quiénes pueden reclamar, pudiendo presentar una reclamación si *Estás interesado en una licitación y consideras que el contenido del pliego o del anuncio no es correcto*, pudiendo también reclamar *frente a las modificaciones de los contratos que entiendas que no se ajustan a lo establecido por la Ley Foral de Contratos Públicos*.

2ª. Que la aprobación del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, incluye, entre otras novedades, un reforzamiento de la función del asesoramiento legal preceptivo, en concreto, en su variante de emisión de informes previos escritos, reservada a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional y, en particular, a las Secretarías o Secretarías-Intervenciones municipales.

Que, de la documentación que se pasó en Junta de Gobierno para la aprobación de la prestación de servicios de actividades deportivas municipales, están los informes de Intervención y Secretaría, que indican:

- Informe jurídico (Documento adjunto 1): *En este sentido tenemos que señalar que el presente pliego se considera que no viene a cumplir con la regla general de la división del contrato en lotes, siendo de carácter excepcional la contratación conjunta, art. 41 de la LFCPN, en este contrato se considera que tanto el servicio de socorrista o el de conserjería como el de actividades deportivas podrían ir en lotes independientes, entendiendo que en el expediente no queda debidamente justificada su no división, por lo que quien suscribe considera que salvo mayor justificación al respecto debería estar dividido el contrato en lotes.*

El otro orden de cosas podemos indicar que el expediente contiene el Pliego regulador de la contratación, el informe razonado de la unidad gestora del contrato, el presente informe jurídico y además deberá ser sometido a fiscalización de Intervención. El citado pliego objeto de la licitación acomoda a la normativa legal de aplicación, con la salvedad hecha de los lotes que se considera en caso de seguir con su tramitación debería estar más justificada.

6.- Conclusión

Por todo lo expuesto, en opinión de quien suscribe, antes de proceder a la licitación del presente contrato se debería justificar más detalladamente lo referente a la no división en lotes de la licitación o en su caso proceder a la división en lotes del contrato; estando el resto del pliego en condiciones para proceder a la licitación.

- Informe de intervención (Documento adjunto 2): *Consta en el expediente un nuevo informe, complementario podríamos decir, elaborado por la unidad gestora en el pretende justificar la no división en lotes. A juicio de quien suscribe podría entenderse que en este nuevo informe complementario se centra en justificar la no división en lotes de dos de las actividades que son objeto principal del contrato: actividades deportivas y servicios de socorristas de piscinas de verano; pero no justifica la no división en lotes de la tercera actividad principal del contrato: el servicio de conserjería de los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor.*

Por todo lo expuesto, en opinión de quien suscribe, tal y como indica el informe jurídico, debería justificarse la no división en lotes (al menos en lo que se refiere al

servicio de conserjería de los campos que no la considero suficiente) o, en su caso, proceder a la división en lotes.

Se alega que, en definitiva, se ha obviado tanto el informe del Secretario como el del Interventor, donde señalan que el presente pliego no cumple con la regla general de división del contrato en lotes, siendo de carácter excepcional la contratación conjunta, conforme al artículo 41 de la LFCP, e instan a justificarlo, constatando el informe de intervención que no se ha justificado (al menos en lo que se refiere al servicio de conserjería de los campos de fútbol, que no se considera suficiente) o, en su caso, instan a proceder a la división en lotes.

3ª. Que el artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, define los contratos de servicios, señalando el artículo 30 de la LFCP lo siguiente al respecto:

1. El contrato de servicios es aquel cuyo objeto sea distinto del contrato de obras o de suministros, mediante el que se encarga por un precio a una empresa o profesional la prestación de un servicio, incluyendo aquellos en los que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

2. Los servicios se prestarán al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general.

3. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Alega que, tal y como indica el informe de los técnicos que acompaña este proceso respecto a la gestión de los campos de fútbol y servicios Clara Campoamor: *la norma establece que los servicios públicos **que impliquen ejercicio de autoridad deberán ser gestionados de forma directa.** En la gestión directa del ayuntamiento asume en exclusiva el riesgo y ejerce los poderes de decisión y gestión*

(...)

Teniedo en cuenta las nuevas instalaciones deportivas que están construyendo actualmente en el Complejo Deportivo Clara Campoamor

*La fórmula de gestión que aconsejan respecto a los Campos de fútbol es la de **gestión directa**, porque la intención municipal es que estos campos de fútbol se utilicen por todos los equipos de la ciudad de Tudela, ya que el Ayuntamiento mantiene de esta manera **el poder de decisión y gestión***

Señala que la normativa dice que los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos no podrán ser objeto de contrato de servicios, y los propios técnicos del Ayuntamiento dicen que el poder de gestión y decisión recaerá en el Ayuntamiento. Manifiesta que, a este respecto, se incluye en la licitación una figura nueva, el llamado *Servicio de Coordinación del contrato*, con las funciones que el pliego indica:

Para la correcta ejecución del contrato es preciso disponer de un Coordinador, enclavado en el convenio del sector en el Grupo 2, que pueda:

- ***Desarrollar** conjuntamente con el Ayuntamiento de Tudela y su Unidad de Deportes la programación recogida en estas prescripciones técnicas.*
- ***Asistir a cuantas reuniones de trabajo/coordinación se le marquen desde este Ayuntamiento***
- ***Organizar, preparar, dirigir** el programa de trabajo, reparto de tareas, ... del personal necesario para desarrollar los diferentes programas aquí descritos, concretamente en lo relacionado con los **cursos de actividad deportiva, servicio de socorrismo y puesto de conserjería en los nuevos campos de fútbol del CDM “Clara Campoamor”**.*
- ***Coordinar y supervisar** las actividades, tareas, trabajos, turnos, vacaciones, sustituciones del personal preciso para el cumplimiento de las prescripciones técnicas aquí recogidas.*
- ***Elaboración de una memoria final** de cada prestación donde, mostrando y tomando todos los datos objetivos proporcionados y aquí recogidos, se analice rigurosamente la ejecución del contrato y se planteen posibles mejoras para el próximo Curso/año.*

- *Colaborar con la Unidad Administrativa de Deportes en cualquier estudio, análisis, programación, etc. que tenga que ver directa o indirectamente con las prestaciones de este contrato*

Entiende que existe una colisión y/o fusión de deberes entre el personal técnico y directivo del Área de Deporte del Ayuntamiento con el coordinador del contrato de servicio, no sabiendo cuándo empieza una responsabilidad y función de la otra. Alega que más parece que con esta figura lo que se pretende es descargar y suplantar trabajo y funciones a los técnicos y personal directivo de dicha área, cuestión esta, *tal y como dice la normativa este tipo de servicio no caben en contratos de servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*

Alega que, por otro lado, el artículo 142 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, indica que *1. No podrán ser contratados servicios personales cuando atendieren necesidades permanentes, en cuyo caso deberá crearse la oportuna plaza de funcionario y proveerla reglamentariamente.*

4ª. Alega que todos los puestos de conserjería de todas las instalaciones que el Ayuntamiento gestiona de forma directa (deportivas, piscinas, centros educativos) están integrados en su plantilla orgánica bajo la denominación de *Empleados de Servicios Múltiples*, y realizan las mismas funciones que las que va a realizar el conserje en los campos de fútbol conforme al pliego: atención al público, custodia del edificio, mantenimiento básico y otras funciones básicas.

Manifiesta que el Pleno del Ayuntamiento aprobó el 21 de diciembre de 2020 la plantilla orgánica para el 2021, amortizando una plaza de Empleado/a de Servicios Múltiples en Deportes, el conserje de los campos de fútbol de Santa Quiteria. Señala que, ante esta amortización, uno de los motivos que dio el informe de la Dirección del Área fue *la puesta en marcha de los nuevos campos de fútbol del complejo Clara Campoamor, la utilización de Santa Quiteria iba a reducirse sensiblemente.*

Alega que este contrato administrativo de servicios se está utilizando para satisfacer necesidades de carácter permanente, que han de ser objeto de contratos laborales, conforme al artículo 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Asimismo, señala que el artículo 45 de la LFCP establece lo siguiente:

1. La duración de los contratos públicos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

2. La duración máxima de los contratos de suministros y servicios será de cinco años incluidas todas sus prórrogas, salvo que por circunstancias excepcionales que deberán justificarse expresamente, relativas al objeto de la prestación, fuese necesario un plazo mayor.

Alega que, en este supuesto, parece que la necesidad de personal para la gestión de los servicios deportivos, en este caso, el puesto de conserje, que el Ayuntamiento presta mediante gestión directa reviste un carácter de permanencia, mientras que el contrato de asistencia tiene una duración determinada y podría encubrir una verdadera relación laboral; no parece, en consecuencia, que el objeto de la contratación sea propio del contrato administrativo de asistencia, pese a la genérica definición que del mismo realiza la LFCP.

Parece que, por el contrario, se trata de cubrir necesidades permanentes de personal por parte de la entidad local, para el normal desenvolvimiento de su actividad, debiendo proceder a crear en plantilla las correspondientes plazas necesarias, revocando la amortización que hubo en la plantilla del 2021.

Alega que, por otro lado, la Junta de Gobierno Local aprobó el 4 de febrero de 2022 ampliar a Ociosport Rioja, S.L. el contrato de asistencia para el desarrollo de actividades deportivas municipales, a la prestación del servicio de conserjería de los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor.

Manifiesta que esta ampliación del contrato, introduciendo la figura del conserje en la contrata a la empresa Ociosport Rioja, S.L., después de haber amortizado un puesto de las mismas características de los campos de fútbol de Santa Quiteria y de realizarse la contratación objeto de recurso, *cabría un supuesto de cesión ilegal de trabajadores de forma tal que dichos empleos de la empresa adjudicataria fueran sujetos pasivos de dicha cesión.*

Señala que el artículo 43 del Estatuto de Trabajadores, sobre la cesión de trabajadores, indica:

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Señala que en este caso hay que añadir que se ha amortizado un puesto de las mismas características en la plantilla del 2021, y además existe la figura de este mismo puesto en la plantilla orgánica del Ayuntamiento, que vienen cubriendo todos los puestos que el Ayuntamiento gestiona, en Deportes y otras instalaciones.

Alega que existe bastante jurisprudencia al respecto, como la sentencia de 17 de enero de 1991, que señala que una empresa contratista ha de mantener a los trabajadores

de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, expresándose en igual sentido la sentencia de 11 de octubre de 1993. Señala que ajunta al respecto como documento 3 un informe elaborado por la Jefa de la Sección de Asesoramiento y Cooperación con las entidades locales.

Señala que, en el caso que nos ocupa y de conformidad con la documentación aportada, resulta que el objeto del contrato que se pretende realizar tendría como objeto cubrir una serie de plazas supuestamente nuevas, obviando que los puestos de conserjes llevan desde hace años como figura en la plantilla orgánica y que año tras año han estado cubriendo todas estas plazas, debiendo dicho personal ser organizado por el propio Ayuntamiento, a través de los Técnicos y Director de Área.

Concluye que, a tenor de la doctrina jurisprudencial, parece que la realización de la contratación de que se trata por parte del Ayuntamiento pudiera incurrir, en el caso del conserje y también del coordinador, en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores desde una empresa privada a una administración pública, por lo que no parece que dicha contratación se ajuste a la legalidad vigente, ya que la empresa adjudicataria se limita a realizar un mero suministro de mano de obra a la administración contratante.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la estimación íntegra de la reclamación respecto a la implicación en el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, a la cesión ilegal de trabajadores y/o por la no división en lotes, sin estar justificada su unión, respecto al servicio de conserjería de los campos de fútbol.

TERCERO.- Con fecha 21 de febrero se requirió a la reclamante que procediera a subsanar su reclamación, mediante la aportación de la documentación justificativa de su legitimación activa para su interposición, conforme al artículo 126.2.b) de la LFCP, y mediante la firma de la reclamación, conforme al artículo 11.2.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

CUARTO.- El 22 de febrero el Ayuntamiento de Tudela presentó un escrito en el que solicita el levantamiento parcial de la suspensión del procedimiento, señalando

que los servicios de socorrismo resultan necesarios para la puesta en marcha en el mes de junio de las piscinas municipales de verano (tres instalaciones), siendo necesario que el contrato se inicie los primeros días de junio, ya que en caso contrario el servicio de piscinas no podrá ser prestado.

Alega que la suspensión de este acuerdo hasta la resolución podría poner en peligro el servicio de socorrismo de las piscinas de verano de las tres instalaciones municipales existentes en Tudela en la fecha en que se deben abrir las mismas, lo que impediría la prestación del servicio público a los ciudadanos.

Manifiesta que la suspensión del contrato tiene como fin garantizar la efectividad de la resolución que dicte este Tribunal y que no haya situaciones de hecho que impidan o entorpezcan su ejecución, por lo que entiende razonable solicitar que se levante la suspensión del mismo, al menos durante el periodo de presentación de ofertas, momento en el que el Ayuntamiento esperará, sin abrir las ofertas, hasta la resolución que dicte el Tribunal.

Alega que, de admitirse esta solicitud, la única consecuencia que podría tener es que, en caso de que el recurso fuera estimado, las ofertas quedarían sin abrir y no habría otros posibles perjuicios que los derivados de la preparación de las ofertas por los licitadores que se hubiesen presentado, que deberían ser indemnizados por el Ayuntamiento.

Por todo ello, solicita que se resuelva el levantamiento de la suspensión de la licitación del contrato hasta la fecha de terminación del plazo de presentación de ofertas, que finaliza el 14 de marzo de 2022.

QUINTO.- El 23 de febrero la reclamante aportó la siguiente documentación en respuesta al requerimiento de subsanación de la reclamación cursado:

- Última página de su reclamación firmada de forma manuscrita.

- Sendos certificados expedidos por el secretario municipal acreditativos de la condición de concejales de la reclamante y de doña I. B. R., quien presentó la reclamación en el Portal de Contratación.

SEXTO.- El 21 de febrero se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 24 de febrero, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el Ayuntamiento de Tudela aportó el 28 de febrero el expediente de contratación y un escrito de alegaciones, que complementó el 1 de marzo mediante la presentación de documentación anexa al mismo.

El citado Ayuntamiento plantea como cuestión previa la admisión de la representación, respecto a la que señala que la presentación de la reclamación se hizo a través de la plataforma con el certificado de doña I. B. R., si bien el escrito de recurso se interpone por doña O. R. M., siendo ambas concejales del Ayuntamiento.

Señala que este Tribunal realizó un requerimiento para que doña O. R. M. aportara su firma, a resultas del cual, doña I. B. R. presentó la última hoja del escrito de recurso con una firma estampada, firma que en absoluto puede tenerse por válida.

Con cita del artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, señala que el documento escaneado no garantiza de ninguna manera la identidad de la recurrente ni la autenticidad de su firma, por lo que, no utilizando los medios previstos en la norma para

autenticarse, debe inadmitirse el recurso al carecer de la firma preceptiva prevista en el artículo 11.2.c) de la citada ley para los recursos administrativos.

Formula, a continuación, las siguientes alegaciones:

1ª. Objetos del recurso

Señala que en el *petitum* del recurso no se identifica de forma expresa su objeto, mientras que en su expositivo señala que se interpone contra el Contrato de Servicios para el Desarrollo de Actividades Municipales del Ayuntamiento de Tudela, entendiéndose por las mismas la prestación de forma sucesiva y por precio unitario de actividades Deportivas para Adultos, Sala de Musculación y Cardiovascular del Complejo Municipal Ribotas, Servicio de Socorristas de las piscinas de Verano, Servicio de conserjería en los campos de fútbol del Campo Municipal de Deportes (CDM) Clara Campoamor y Servicio de coordinación del contrato.

Señala que este parece ser el objeto principal del contrato, haciendo también referencia a un acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero de 2022, donde se aprueba ampliar a Ociosport, S.L. el contrato de asistencia para desarrollo de actividades municipales, a la prestación del servicio de Conserjería en los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor, en tanto se tramita el expediente de contratación y para garantizar la puesta en marcha del servicio público de los nuevos campos de fútbol.

Concluye que ambos acuerdos son susceptibles de ser objeto de recurso especial en materia de contratación, en virtud del artículo 122.2 de la LFCP.

2ª. Legitimación

Señala que la reclamante es concejala del Ayuntamiento de Tudela y actúa como portavoz del grupo municipal de Izquierda-Ezkerria y miembro de la Junta de Gobierno por Decreto de Alcaldía 35/2019, de 5 de septiembre (Doc. 1).

Manifiesta que, según consta en las actas y certificados de asistencia adjuntos a este escrito (Doc. 2 y 3), la concejala no estuvo presente en la sesión de la Junta de Gobierno Local de 28 de enero, donde se aprobó el expediente de licitación, y sí estuvo en la celebrada el 4 de febrero, en la que se abstuvo al tratar el acuerdo objeto de recurso.

Señala que el artículo 123.3 de la LFCP señala que *Están legitimados para interponer reclamación especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los miembros de las entidades locales de Navarra que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados*, estableciendo en el mismo sentido y con carácter general para todos los recursos el citado artículo 63 y el artículo 209.2 del ROF.

Concluye que la ley atribuye legitimidad para recurrir a los miembros de las corporaciones que votaron en contra, siendo así que la reclamante no asistió a la Junta de Gobierno Local de 28 de enero y no votó, pero sí asistió a la Junta de 4 de febrero, donde no votó en contra, sino que se abstuvo, por lo que el recurso contra el acuerdo de la modificación contractual y ampliación del contrato de esa fecha a la empresa Ociosport Rioja, S.L. debe ser inadmitido por falta de legitimación.

3ª. Plazo de interposición del recurso

Señala que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo de diez días desde la publicación del anuncio de licitación en el Portal de Contratación y en el DOUE, que rige con carácter general en este recurso, pero que, no obstante, el cómputo del plazo de los diez días para la interposición que rige para los miembros de las corporaciones locales es distinto al previsto con carácter general, por lo que se solicita la inadmisión del recurso por extemporáneo.

Alega que el artículo 211.3 del ROF señala que *El plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo*, así como que, una vez eliminada la obligatoriedad del

recurso de reposición, el artículo ha sido interpretado por los órganos aplicadores del derecho y tribunales en el sentido de que este modo de cómputo sirve para todos los recursos que interponen los miembros de las corporaciones locales.

Con cita de la Resolución 309/2017, de 2 de febrero, del Tribunal Administrativo de Navarra, y de la sentencia nº 168/2010, de 29 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, señala que el día inicial para interponer la reclamación de los miembros de las entidades locales, en virtud de su especial conocimiento de los acuerdos que se adoptan en los órganos de los que son miembros, se inicia desde que tuvo cabal conocimiento del acto recurrido, que suele coincidir con el de la sesión donde se adopta o que, podría ser, como se expone a continuación, posterior.

Respecto a la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero, a la que la reclamante asistió, señala que, para reforzar más la causa de inadmisión por su falta de voto contrario al acuerdo, el plazo de reclamación contado desde ese día terminaba el día 14 de dicho mes, por lo que es evidente que la reclamación interpuesta el 21 de febrero queda fuera de plazo.

Respecto a la Junta de Gobierno Local de 28 de enero, a la que la reclamante no asistió de forma justificada, señala que el hecho de no acudir hace que en dicha fecha no tenga conocimiento del acuerdo, aunque sí disponía de las propuestas de acuerdo y de ese expediente completo, pero sí tuvo total conocimiento del acuerdo adoptado con la remisión del acta de dicha sesión, que se produjo con la convocatoria de la Junta de Gobierno Local siguiente, notificada de forma fehaciente y puesta a disposición el 2 de febrero a través del sistema de administración electrónica, remitida también en esa fecha mediante correo electrónico a todos los concejales del Ayuntamiento (Doc. 5, si bien en realidad se trata del Doc. 4), y cuya acta, con el acuerdo de aprobación del expediente de licitación incorporado, fue aprobada en la Junta de Gobierno siguiente, el 4 de febrero de 2022, a la que acudió la reclamante.

Concluye que, por ello, la reclamante tuvo o debió tener cabal conocimiento el 2 de febrero, cuando se remitió la convocatoria de la Junta de Gobierno Local del día 4, y, en todo caso, el propio día 4, en el que se celebró la sesión y se aprobó el acta de la

Junta de 28 de enero, quedando por tanto el 21 de febrero, fecha de interposición de la reclamación especial, fuera del plazo de los diez días para reclamar ante este Tribunal, por lo que la reclamación debe ser inadmitida conforme al artículo 127.3.a) de la LFCP.

4ª. Lotes

Señala que el artículo 41.1 de la LFCP establece que, con carácter general, los contratos se dividirán en lotes y que el órgano de contratación, cuando decida no dividir el objeto del contrato, deberá justificarlo.

Asimismo, señala que el párrafo 4º enumera los motivos válidos para justificar la división (entendemos que se refiere a la no división) en lotes, entre los que se prevé: *b) Que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato pudiera dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o que la naturaleza del objeto implique la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones.*

Alude, a continuación, a los diversos informes emitidos durante la tramitación del expediente que hacen referencia a la división del objeto del contrato en lotes: un primer informe del técnico de deportes del Ayuntamiento de 29 de noviembre de 2021; informe de la asesoría jurídica de 16 de diciembre; nuevo informe del técnico de deportes del 14 de enero de 2022, que recibió el visto bueno del asesor jurídico mediante correo electrónico de 11 de enero (Doc. 5); e informe del interventor municipal de 26 de enero en el que considera justificada la no división del objeto del contrato excepto respecto al servicio de conserjería, siendo esta, sin embargo, una opinión vertida sin ninguna argumentación y que no desvirtúa los argumentos del técnico deportivo avalados por la asesoría jurídica.

Concluye que el segundo informe del técnico municipal justifica suficientemente la no división en lotes, fundamentando esta decisión en: a) la mejor capacidad de gestión del servicio encomendado al tratar con un único interlocutor; b) que es la forma habitual de gestión de las empresas de servicios deportivos; y c) en que la no división propicia el respeto a los derechos del personal que lo presta, ya que impide

desigualdades entre trabajadores de los distintos objetos del contrato al aplicar un único convenio y una única política de personal entre las personas que prestan servicios en los equipamientos deportivos del Ayuntamiento de Tudela. Además, a juicio del técnico suscribiente, el contrato puede ser económicamente más ventajoso para el Ayuntamiento.

5ª. Cesión de ejercicio de autoridad en el contrato

Niega la cesión de autoridad en la figura del coordinador, señalando que la actividad deportiva se realiza de forma directa, siendo el Ayuntamiento el promotor y el responsable de las instalaciones y de las actividades y usos que se dan a las mismas, del cobro de las tasas, contratándose labores auxiliares de dicha actividad, como son la asistencia a la programación, la organización de los trabajos programados y su supervisión.

Alude al Informe 2/2006, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la posibilidad de gestionar indirectamente un contrato de servicio de prevención y extinción de incendios o consideración de la prestación como de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, conforme al cual *Las opiniones doctrinales que se han enfrentado al comentario del artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han puesto de relieve la dificultad, ante la falta de una tipología legal de servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, de concretar tal expresión, señalándose como ejemplos de materias vedadas a la contratación, la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana, y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental, pero concluyendo que todo ello “exige el análisis pormenorizado y concreto de las actividades desde el momento en que pueda identificarse el núcleo que realmente constituirá ejercicio de autoridad de aquéllos aspectos que no lo sean y, por tener un contenido económico, puedan ser objetos de contratación”*.

Concluye dicho informe que el servicio *no parece, en principio, que pueda caracterizarse como tal, al tratarse de un servicio técnico que debe alinearse con otros de la misma naturaleza que mencionan los artículos 25 EDL 1985/8184 y 26 EDL*

1985/8184 de la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, tales como suministro de agua y alumbrado público, servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Señala que las decisiones principales sobre las actividades a realizar van a ser siempre del Ayuntamiento, que conserva todo su poder de policía en aplicación del artículo 227 de la LFCP, bastando en este sentido con ver las obligaciones del contratista recogidas en el pliego de condiciones administrativas, en especial, en el artículo 19.3, que regula las obligaciones del adjudicatario.

Alega, por último, que las labores del futuro adjudicatario serán de apoyo a los servicios municipales de deporte que gestionan el servicio de forma directa, así como que estas prestaciones no son de competencia municipal exclusiva, pudiendo ser realizadas por terceros ajenos a la Administración, por lo que un servicio que puede ser prestado por un tercero en el mercado difícilmente puede ser calificado de *ejercicio de autoridad*.

6ª. Arrendamiento de servicios personales

Señala que el objeto del contrato es de servicios, conforme al artículo 30 de la LFCP; el Ayuntamiento encarga los servicios para el desarrollo de las actividades deportivas durante un tiempo a cambio de un precio. Estos servicios se prestan en los distintos centros deportivos para dar servicio al público en general, no suponiendo ejercicio de autoridad, como se ha dicho.

Alega que el artículo 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se encuentra dentro de la sección 3ª del capítulo V de su Título III, que regula la gestión indirecta de los servicios públicos mediante arrendamiento, así como que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002 analiza esta normativa y califica este arrendamiento *como forma de gestión indirecta de los servicios locales, regulada en los arts. 138 a 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Bajo su solo aparente unidad formal, en realidad estos preceptos no regulan una sola forma de arrendamiento, sino que es posible distinguir en ellos tres modalidades*

diferenciadas. La primera, contemplada en los arts. 138 a 140, se refiere a la prestación de servicios públicos mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia, o, más sintéticamente, al arriendo administrativo de servicios públicos. Los tres arts. citados constituyen un todo orgánico en tanto en cuanto regulan desde la definición de dicho contrato hasta su extinción, pasando por la determinación de su objeto, naturaleza, duración, contenido y régimen jurídico. En cambio, el art. 141 no guarda enlace con los anteriores ni con el que le sigue. En él se menciona una figura contractual compleja, por la que el contratista se obliga a establecer los elementos personales e instrumentales de un servicio, así como a hacerlo funcionar, prestándolo al público. Finalmente, el art. 142 regula una tercera modalidad de arrendamiento administrativo, calificable como arrendamiento de servicios personales puros, mediante un contrato de trabajo.

Alega que el pliego de condiciones recurrido define las prestaciones a realizar, así como que no se trata de un contrato de servicios personales puros, esto es, de contratación de personal para realizar una función que corresponde a un funcionario, sino de una serie de servicios prestados para la Administración, organizados y ejecutados por la empresa adjudicataria, de tal forma que sería más próximo al artículo 141 del Reglamento, conforme a lo señalado por la sentencia antes citada.

Señala, asimismo, que el Tribunal Supremo ha destacado que esta modalidad de arrendamiento es una *figura híbrida*, de menor entidad jurídica que la concesión, pues la actividad en cuestión no implica delegación de potestades públicas (sentencia de 21 de noviembre de 1969).

Alega que las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1979 y 8 de abril de 1980 establecen la diferencia entre la concesión y el arrendamiento sobre la base de la forma de retribución: *La concesión supone transferir los riesgos económicos de la explotación al concesionario, que percibe de los usuarios las tarifas autorizadas, las cuales constituyen ingresos suyos, lo que no ocurre en el caso del arrendamiento en que el arrendatario se limita a prestar el servicio mediante precio o contraprestación por ese trabajo, cobrando el municipio las correspondientes tasas de los vecinos de dicha localidad. Todo lo cual conduce a calificar el contrato como un arrendamiento*

de servicios comprendido en el artículo 141 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Respecto a la cesión de trabajadores denunciada, considera que no es de aplicación al presente supuesto, porque no se trata de una mera puesta a disposición de trabajadores de la empresa cedente, sino que el objeto del contrato recurrido supone que la empresa, que debe poner todos los medios personales y materiales necesarios, debe organizarlos para la consecución de los fines previstos en el pliego de condiciones técnicas. Señala que las nuevas instalaciones deportivas tienen un complejo nivel de funcionamiento en el que la domótica cumple un papel fundamental, ya que es necesario manejar de forma coordinada tanto el sistema de iluminación de los campos de fútbol, el control de riesgos, de temperaturas, el sonido ambiente y el control de accesos mediante tornos y mediante un sistema informático que garantice el conocimiento exacto de usuarios, deportistas y espectadores. Por ello, no se trata de poner a disposición trabajadores, sino de la puesta a disposición de un personal formado y de los medios materiales necesarios para que ese personal realice sus funciones de forma eficiente y coordinada con los responsables de la empresa de gestión deportiva que preste este servicio. Es decir, la empresa contratada prestará el servicio aportando medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección, garantizando al Ayuntamiento el resultado de la ejecución.

Señala que el contratista mantiene las facultades patronales de dirección y control laboral y que los trabajadores no se integran en la organización de la entidad pública, siendo la empresa la que mantiene su poder en la medida en que esa decisión se prevé en el servicio de coordinación del contrato, que incluye *Organizar, preparar, dirigir el programa de trabajo, reparto de tareas,...* del personal necesario para desarrollar los diferentes programas aquí descritos, concretamente en lo relacionado con los cursos de actividad deportiva, servicio de socorrismo y puesto de conserjería en los nuevos campos de fútbol del CDM “Clara Campoamor”.

Alega que, en el mismo sentido, la base 19.3 del pliego de condiciones administrativas establece, entre las obligaciones del adjudicatario, *Abonar cualquier otro gasto que, para la ejecución del objeto del contrato, esté incluido en el pliego de*

prescripciones técnicas particulares. Entre otros, cualesquiera gastos a que dé lugar la realización del contrato, tales como: todo el coste de personal; coste del material, elementos y útiles necesarios para la ejecución del contrato; coste de la maquinaria necesaria para la prestación del servicio; gastos derivados del mantenimiento y conservación de la maquinaria y demás medios materiales; vestuario del personal; financieros; seguros, transportes; desplazamientos; honorarios; etc...

Concluye que, de todas estas potestades y obligaciones, se deriva que el adjudicatario mantiene la potestad empresarial sobre sus trabajadores y la organización sobre la prestación del servicio.

Solicita, atendiendo a lo expuesto, la inadmisión de la reclamación por los motivos señalados y, de forma subsidiaria, su desestimación.

SÉPTIMO.- Con fecha 1 de marzo se requirió al órgano de contratación que procediera a completar el expediente remitido, lo cual hizo el 3 de marzo.

OCTAVO.- Por el Acuerdo 26/2022, de 4 de marzo, de este Tribunal, se desestimó la solicitud de levantamiento de la suspensión automática producida como consecuencia de la reclamación especial interpuesta.

NOVENO.- No existen personas interesadas a las que deba darse traslado de la reclamación interpuesta al objeto señalado en el artículo 126.5 de la LFCP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación, los actos de trámite o definitivos que excluyan a las personas interesadas de la licitación o perjudiquen sus expectativas y, en tanto que

puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato.

SEGUNDO.- La reclamación formulada se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se ha presentado telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra, conforme a lo previsto en el artículo 126.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se interpone frente al contrato de servicios para el desarrollo de actividades deportivas licitado por el Ayuntamiento de Tudela, si bien es cierto que no se identifica el concreto acto que se recurre, pudiéndolo ser tanto el anuncio de licitación como su pliego regulador. Además, la reclamante alude en el antecedente segundo de su reclamación al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero de 2022, en el que se aprobó ampliar el contrato de asistencia adjudicado a Ociosport Rioja, S.L. para el desarrollo de actividades deportivas municipales, adicionándole el servicio de conserjería en los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor. Asimismo, en su fundamento de derecho cuarto alega la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, no sólo como consecuencia de la nueva licitación, sino de la propia modificación contractual señalada. Debemos entender, por ello, que la reclamación se interpone, no sólo frente a la nueva licitación del servicio de actividades deportivas, sino también frente a la modificación del contrato que con tal objeto se encuentra actualmente vigente.

QUINTO.- El órgano de contratación ha solicitado la inadmisión de la reclamación por una serie de causas. Así mismo, existen otros posibles supuestos de inadmisión que, pese a no haber sido alegadas por aquel, deben ser examinadas por cuanto las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos. El examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte y el Tribunal puede apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del

recurso (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

En consecuencia, procede examinar conjuntamente dichas posibles causas de inadmisión, especificando si se alegan o no de parte.

En primer lugar, alega el órgano de contratación que con la firma escaneada de la última página de la reclamación no se garantiza la identidad de la reclamante ni la autenticidad de la firma, no habiéndose utilizado los medios previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para autenticarse, por lo que debe inadmitirse la reclamación al carecer de la firma preceptiva.

Alegación que trae causa en el requerimiento de subsanación de la reclamación cursado el 21 de febrero, al objeto de que se firmara la reclamación, que fue atendido el 23 de febrero, presentando la reclamante únicamente la última página de su recurso firmada de forma manuscrita.

Cabe recordar en relación con esta cuestión, que el artículo 9.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que las Administraciones Públicas estarán obligadas a verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo, lo cual se hará, en el caso de las personas físicas, mediante la comprobación de su nombre y apellidos que consten en el Documento Nacional de Identidad, señalando su apartado 2º los sistemas válidos de identificación electrónica.

Asimismo, el artículo 10.1 de la misma ley dispone que *los interesados podrán firmar a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, así como la integridad e inalterabilidad del documento*, estableciendo su apartado 2º los sistemas de firma válidos en el caso de que los interesados opten por relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos. La utilización de dichos sistemas de firma sirve, además, para

acreditar la identidad del interesado, tal y como señala el apartado 5º del mismo artículo.

Igualmente, el artículo 11.1 establece que *con carácter general, para realizar cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo, será suficiente con que los interesados acrediten previamente su identidad a través de cualquiera de los medios de identificación previstos en esta Ley, si bien el apartado 2º exige el uso obligatorio de firma para interponer recursos (apartado c).*

Regulación general que debemos poner en relación con la propia y específica de la contratación pública, señalando el artículo 126.1 de la LFCP que *la reclamación se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra, ante el Tribunal Administración de Contratos Públicos de Navarra; conforme a las prescripciones que se determinen reglamentariamente, (...).*

Por lo tanto, cabe concluir que, conforme a lo normativamente dispuesto, la presentación de la reclamación especial debe hacerse telemáticamente, con las consecuencias que ello lleva aparejadas respecto a la identificación del reclamante y firma de la reclamación.

En este caso, la presentación de la reclamación en el Portal de Contratación se ha efectuado por doña I. B. R., si bien en el escrito de recurso consta que este se presenta por doña O. R. M., no haciéndose referencia alguna a una eventual representación de esta por parte de aquella. Consideramos, por lo tanto, que la reclamación ha sido presentada por doña O. R. M., debiendo examinar por ello si resulta acreditada su identidad y la autenticidad de la expresión de su voluntad y consentimiento, para lo cual se requiere la firma del recurso.

Dado que, como se ha expuesto, la presentación de la reclamación se hace de forma telemática, también telemáticos deben ser, en principio, los sistemas de identificación y firma utilizados. Sin embargo, no debe perderse de vista cual es la finalidad que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece respecto al uso de los sistemas de identificación y firma, teniendo los primeros como fin verificar la identidad de los

interesados, y los segundos acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y el consentimiento de aquellos, así como la integridad e inalterabilidad del documento. Finalidades que, si bien es cierto que no por los medios establecidos en la citada ley, consideramos cumplidas en el presente caso.

Así, respecto a la identificación de la reclamante, esta señala en su escrito de recurso su nombre y apellidos, así como el número de su Documento Nacional de Identidad, no subsistiendo duda respecto a aquella desde el momento en que la reclamante aportó, a requerimiento de este Tribunal, un certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Tudela en el que se certifica, con indicación de su nombre, apellidos y número de D.N.I., su condición de concejala municipal. Por lo tanto, consideramos que no existe duda acerca de su identidad.

Igualmente, ha quedado acreditada su voluntad y consentimiento con la interposición de la reclamación, al haber firmado el escrito de recurso, aun cuando dicha firma conste únicamente en la última página de este. De la misma forma, la integridad e inalterabilidad del documento no plantea dudas a la vista de la documentación presentada el 21 de febrero a través del Portal de Contratación.

Concluimos, por todo ello, que si bien es cierto que la reclamación no se ha presentado utilizando los sistemas de identificación y firma electrónica por la reclamante, las finalidades a que dichos sistemas responden sí se cumplen, por lo que la inadmisión de la reclamación por este motivo sería excesivamente formalista, contraria al principio *pro actione* que debe regir en esta fase procedimental y, con ello, al derecho de defensa constitucionalmente garantizado, en los términos señalados, entre otros, en el Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre, de este Tribunal, conforme al cual *la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en casa caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio pro actione exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles*

de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, Sentencia de 11 de abril de 2013 -, pone de relieve que “Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”.

Alega en segundo lugar el órgano de contratación la falta de legitimación de la reclamante para recurrir la modificación del contrato de Ociosport Rioja, S.L. por cuanto asistió a la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero y no votó en contra, sino que se abstuvo. Causa de inadmisión alegada de parte a la que debemos añadir el examen de la posible falta de legitimación para reclamar frente a la propia licitación del contrato, que fue aprobada por la Junta de Gobierno Local en su reunión de 28 de enero.

El artículo 123.3 de la LFCP establece que *Están legitimados para interponer reclamación especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los miembros de las entidades locales de Navarra que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.* Previsión específica acerca de la legitimación de los miembros de las entidades locales que nos obliga a examinar si la reclamante se encuentra legitimada para interponer la reclamación, para lo cual debemos partir de dos hechos que resultan de la documentación que conforma el expediente de contratación, como son que la reclamante es concejala del Ayuntamiento de Tudela y que forma parte de la Junta de Gobierno Local, órgano competente en relación con los actos recurridos.

En primer término, comenzando por la modificación contractual aprobada por la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero, se acredita en el expediente que la reclamante estuvo presente en dicha reunión, absteniéndose en la votación, por lo que, conforme a

lo que alega el órgano de contratación, no ostenta legitimación para recurrir aquella, al no haber votado en contra. En este sentido se pronuncia la Resolución 1196/2018, de 28 de diciembre, del TACRC, en un supuesto similar, señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2006, lo siguiente: *No ofrece, pues, duda que la legitimación se atribuye a los miembros de la corporación que hubieren votado en contra de la adopción o aprobación de un determinado acto. Resulta patente que las discrepancias en los órganos colegiados que integran la administración local deben manifestarse inicialmente en sede del órgano, pleno, que ejerce por diferentes medios el control y fiscalización de la actuación de los demás órganos de gobierno. Abstenerse de mostrar una opinión contraria a un concreto acuerdo municipal en el acto de formación de voluntad y luego pretender su impugnación en vía jurisdiccional por la vía de la legitimación especial recogida en el art. 63.1. b) LBRL, tras el rechazo de una petición de revisión de los actos administrativos, bajo el argumento de que el acto impugnado lesiona la legalidad puede comportar no solo un abuso de derecho sino metajurídicamente una desconsideración hacia los votantes mediante cuyo voto el componente del órgano colegiado pudo acceder a la condición de miembro del ente local. Una racional exégesis de la norma exige que tal actitud deba exteriorizarse primero en el seno del órgano colegiado, en el que se integra el discrepante ejerciendo su derecho de participación política, para luego, en su caso, acudir a su impugnación jurisdiccional por la vía de la legitimación especial apoyada justamente en esa voluntad contraria a la mayoritaria expresada en el interior del órgano que representa la voluntad popular en el municipio como es el pleno.*

Lo que acabamos de decir no significa negar el derecho de los concejales a abstenerse de expresar su opinión en la adopción de un concreto acuerdo. De lo que se trata es de concretar las facultades conferidas por el art. 63.1.b) LBRL. Y, entendemos, que no ofrece cobertura para su utilización cuando teniendo la posibilidad o el derecho de manifestar la voluntad contraria frente a un concreto Acuerdo no se expresa la postura, sino que se oculta esa posición mediante la abstención. La falta de participación voluntaria en la expresión de la voluntad del órgano competente, en este caso en las contrataciones municipales, no puede generar el uso de una vía reservada por la Ley a los que sí opinaron en contra.

Respecto a la propia licitación del contrato aprobada por la Junta de Gobierno Local el 28 de enero, lo cierto es que la reclamante no estuvo presente en dicha reunión por ausencia justificada, debiéndose examinar si, en tales circunstancias, está legitimada para formular la reclamación por tal motivo. La doctrina jurisprudencial (por todas, sentencias 561/2018, de 6 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y 68/2020, de 19 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón), con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de julio de 2012) y del Tribunal Constitucional (sentencias 173/2004 y 108/2006, entre otras), admite la legitimación de los concejales que, formando parte del órgano colegiado correspondiente, no pudieron votar en contra de los actos recurridos, al no haber podido asistir de forma justificada a la sesión del órgano por causas ajenas a su voluntad.

Así, la sentencia 561/2018, de 6 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, señala lo siguiente: *“Sostiene igualmente el recurrente la falta de legitimación activa de demandante al no existir vulneración de su derecho de participación faltando pues, la legitimación ad causam y ad processum ya que el recurrente no estaba presente en la celebración del Pleno y, por tanto, no había votado en contra.*

En cuanto a esta última cuestión, hay que tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 28 de junio de 2016, Rec. 2062/2011, viene a decir:

" Por lo que se refiere a la invocación por el apelante de la legitimación activa para interponer el recurso contencioso-administrativo basada en el art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (EDL 1985/8184), reguladora de las Bases del Régimen Local , legitimación que la sentencia apelada le niega, sostiene aquél que no es aceptable la tesis de la sentencia acerca de que su inasistencia a la sesión plenaria en la que se adoptó el acuerdo impugnado le deslegitime para recurrir ese acuerdo, pues, argumenta el apelante, al no estar presente en dicha sesión no le era exigible el requisito del voto en contra. Añade, no obstante, que no pudo asistir a esa sesión plenaria por encontrarse de baja por enfermedad.

Ha de comenzarse señalando que, con carácter general, el art. 20.a) de la Ley 29/1998 no confiere legitimación activa para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos de una Administración pública a los órganos de la

misma y a los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente. La indicada excepción se regula, en la esfera de la Administración Local, en el art. 63.1.b) de la precitada L.R.B.R.L., en el que se reconoce legitimación para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales a los miembros de la corporación que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.

Esa legitimación reconocida ex lege a los miembros de la corporación municipal no se basa en un interés abstracto en la legalidad, sino que se trata de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los concejales de un Ayuntamiento, y que se traduce en un interés concreto - incluso puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LA LEY 847/1985) .

En ese sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC, Sala 1ª, nº 108/2006, de 9 de mayo , remitiéndose a su vez a la precedente sentencia de ese mismo Tribunal, Sala 3ª, nº 173/2004, de 19 de noviembre . Esta doctrina constitucional ha sido recogida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, citándose aquí, entre otras, la STS 3ª, Sección 4ª, de 26 de septiembre de 2014 -recurso de casación número 3928/2012-.

La legitimación reconocida a los miembros de la Corporación local en el indicado art. 63.1.b) de la L.R.B.R.L . alcanza, pues, a quienes forman parte de la Corporación como miembros de la misma y recurren, por haber votado en contra del mismo, un acto y acuerdo en cuya adopción han intervenido.

La duda acerca de dicha legitimación se plantea cuando, como sucede en el caso de autos, un concejal no asiste a la sesión plenaria municipal en la que se ha adoptado el acuerdo que después recurre. Pues bien, la precitada STC, Sala 1ª, nº 108/2006 , razona en este punto, con remisión a aquella otra sentencia nº 173/2004 anterior, que "No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una Corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la Corporación local que subyace en el título legitimador que ahora se examina".

Es decir, de conformidad con la doctrina constitucional transcrita se admite la legitimación para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales a los miembros de la corporación que no han asistido, por causas ajenas a su voluntad, a la sesión plenaria en la que se han adoptado. En esta línea, la STS 3ª, Sección 4ª, de 12 de julio de 2012 -recurso de casación número 4604/2011-, señala que "La falta de participación voluntaria en la expresión de la voluntad del órgano competente... no puede generar el uso de una vía reservada por la ley a los que sí opinaron en contra".(...)

No dándose éste último el supuesto en el caso ahora enjuiciado, el dato relevante consiste en determinar si el apelante dejó de asistir voluntariamente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villajoyosa de 18 de marzo de 2010 o si, por el contrario, como sostiene aquél, su inasistencia fue debida a encontrarse de baja por enfermedad. En este punto ha de tomarse en consideración que, al tener el recurrente obligación de asistir al Pleno, salvo causa justificada que se lo impidiera -art. 12 del Real Decreto 2568/1986, antecitado-, pesa sobre él la carga de la prueba de acreditar debida y suficientemente, a los efectos que en la presente litis interesan, la existencia de un causa justificada que le impidió su asistencia a la sesión plenaria."

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que en este caso no cabe negar la legitimación a la reclamante, por cuanto si bien la reclamante – miembro de la Junta de Gobierno Local – no asistió a la sesión de dicho órgano colegiado en la que se aprobó la licitación del contrato que ahora cuestiona, por lo que no pudo oponerse a la misma en dicho momento, lo cierto es que tal ausencia estuvo justificada; debiéndose reparar, al respecto, que la entidad contratante no sólo no solicita la inadmisión de la reclamación por tal motivo, sino que ratifica el carácter justificado de tal ausencia.

En tercer lugar, manifiesta el órgano de contratación la interposición extemporánea de la reclamación, tanto frente a la licitación del nuevo contrato, como frente a la modificación del contrato de Ociosport Rioja, S.L.

Señala, a este respecto, que resulta de aplicación el artículo 211.3 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, conforme al

cual *El plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo*, alegando que esta forma de computar el plazo de recurso sirve para todos los recursos que interponen los miembros de las corporaciones locales, habiéndolo entendido así tanto el Tribunal Administrativo de Navarra como los órganos judiciales. Concluye que, por ello, la reclamación sería extemporánea, por cuanto la reclamante sí estuvo en la reunión de la Junta de Gobierno Local de 4 de febrero, por lo que el plazo para interponer la reclamación comenzaría en dicha fecha, y respecto a la reunión del 28 de enero, en la que no estuvo, tuvo conocimiento de su contenido el 2 de febrero, fecha en la que se le remitió el acta de aquella y, en todo caso, el mismo 4 de febrero, cuando se aprobó el acta, siendo la reclamación extemporánea cualquiera que sea la fecha de entre estas a considerar.

En relación con el plazo para la interposición de la reclamación especial y su cómputo, el artículo 124.2 de la LFCP señala que *El plazo para la interposición de la reclamación especial en materia de contratación pública es de diez días a contar desde:*

a) El día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o del anuncio en el Portal de Contratación de Navarra cuando no sea preceptivo aquel, o de la publicación del anuncio de adjudicación cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación, para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él.

b) El día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de tramitación y de adjudicación por parte de quienes hayan licitado.

c) El día siguiente a la publicación del anuncio de realización del encargo a un ente instrumental.

d) El día siguiente a la publicación de la modificación de un contrato o de un encargo a un ente instrumental.

No establece dicho artículo, por lo tanto, una regla de cómputo del plazo distinta para el caso de las reclamaciones interpuestas por los miembros de las entidades locales, por lo que debemos determinar si resulta de aplicación la regla señalada en el artículo 211.3 del ROF, como alega el órgano de contratación.

Es cierto, tal y como señala este, que tanto el TAN en su Resolución 309/2017, de 2 de febrero, como el Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de julio de 1999 (RJ\1999\6280), establecen como *dies a quo* del cómputo del plazo para recurrir el día en que se adoptó el acto impugnado, dado que es desde dicho momento cuando el concejal recurrente tiene conocimiento de su contenido, pudiendo oponerse al mismo por la vía de recurso.

Sin embargo, en el caso de que el concejal no forme parte de dicho órgano o no haya asistido de forma justificada a la sesión donde se ha deliberado, votado y aprobado la licitación, al no concurrir el presupuesto de hecho contemplado en el artículo 211.3 del ROF, esto es la asistencia a la sesión donde disientir del acuerdo adoptado, la regla relativa al *dies a quo* del cómputo del plazo para la impugnación en el mismo establecido no resulta, por tales razones, de aplicación.

De esta forma y en atención a la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto con anterioridad, el cómputo previsto en el artículo 211.3 del ROF resulta de aplicación a los concejales que votan en contra del acuerdo presentado, pero no a aquellos supuestos en que éstos no han acudido a la sesión de forma justificada, en cuyo caso pueden formular la reclamación desde que tienen conocimiento del asunto, es decir, desde la publicación del anuncio de licitación y del pliego regulador.

Por ello, siguiendo dicha doctrina, consideramos que no cabe inadmitir la reclamación interpuesta con base en su extemporaneidad, habiéndose presentado dentro del plazo de diez días naturales contado desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el DOUE, y no constando que la modificación del contrato de Ociosport Rioja, S.L. haya sido objeto de la publicación preceptiva, conforme a lo exigido por el artículo 143.2 de la LFCP.

Existe, a nuestro parecer, otra posible causa de inadmisión de la alegación formulada frente a la modificación contractual aprobada por la Junta de Gobierno Local el 4 de febrero, por cuanto dicho acto no es susceptible de ser recurrido ante este Tribunal.

El artículo 122.2 de la LFCP establece que son susceptibles de impugnación, en tanto que puedan ser actos de adjudicación ilegales, un encargo a un ente instrumental o la modificación de un contrato, señalando el artículo 124.3.e) que la reclamación deberá fundarse, en tal caso, en *las modificaciones de contratos que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral, estén previstas o no en el contrato inicial, por considerar que debieron ser objeto de licitación. En este caso, ostentarán legitimación activa para reclamar únicamente las personas que hayan sido admitidas a la licitación del contrato inicial.* Disposición legal que, como puede observarse, limita o restringe los motivos por los que cabe oponerse, a través de la concreta vía de la reclamación especial, a las modificaciones de los contratos públicos y, por tanto, también la competencia de este Tribunal para revisar la legalidad de tales decisiones.

Así las cosas, en el supuesto analizado, la reclamante afirma que se puede reclamar *frente a las modificaciones de los contratos que entiendas que no se ajustan a lo establecido por la Ley Foral de Contratos Públicos*, no aduciendo por ello ningún motivo que, conforme a lo previsto en la LFCP, permita recurrir la modificación del contrato de Ociosport Rioja, S.L. Por ello, siguiendo el criterio sostenido por la sentencia 364/2021, de 31 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, consideramos que la reclamación frente a dicho acto debe inadmitirse por falta de competencia del Tribunal.

En definitiva, recapitulando, la reclamación interpuesta frente al contrato de servicios para el desarrollo de actividades deportivas licitado por el Ayuntamiento de Tudela debe ser admitida a trámite, si bien procede inadmitir la alegación que se realiza respecto a la modificación del contrato de Ociosport Rioja, S.L., por falta de legitimación y de competencia de este Tribunal al no ser un acto recurrible ante el mismo, conforme al artículo 127.3 b) y d) de la LFCP.

SEXTO. - Procede a continuación examinar de forma individualizada las cuestiones de fondo que se plantean en la reclamación frente al contrato de servicios para el desarrollo de actividades deportivas licitado por el Ayuntamiento de Tudela.

Como primera cuestión, la reclamante plantea la defectuosa justificación de la decisión de no dividir el contrato en lotes.

En relación con la división de los contratos en lotes, el Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, señala que *Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado "Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos", que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial.*

Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas

para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.

El Preámbulo de la LFCEP señala que la misma *ha establecido una nueva regulación de los lotes, que invierte la regla utilizada en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, y exige al órgano de contratación la división del contrato en lotes y reservar alguno de ellos a la participación de las entidades previstas en el artículo 36, salvo que se motive su inconveniencia en cada caso concreto. De esta manera se da la oportunidad de resultar adjudicatarias de lotes separados, a empresas que por su volumen de negocio no podrían abordar la ejecución de contratos de más envergadura.*

El artículo 41 de la ley foral da cumplimiento a esta cuestión, señalando su apartado 1 que *Con carácter general los contratos se dividirán en lotes y alguno de ellos deberá reservarse a la participación de las entidades previstas en el artículo 36 de esta ley foral. Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, o decida no calificar como reservado ninguno de los lotes, deberá justificarlo, y previendo su apartado 4 que Son motivos válidos a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, entre otros, los siguientes:*

a) Que la división pudiera conllevar el riesgo de restringir la competencia.

A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente de la Comunidad Foral para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.

b) Que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato pudiera dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o que la naturaleza del objeto implique la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones.

Respecto a la decisión del órgano de contratación de dividir o no el contrato en lotes, así como respecto a la estructuración de estos con base en criterios territoriales, funcionales, etc., en caso de que aquella se produzca, se ha pronunciado este Tribunal en diversas ocasiones. Así, en sus Acuerdos 126/2020, de 29 de diciembre, y 108/2021, de 9 de noviembre, recuerda que se trata de una decisión que se sitúa en el ámbito de la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, a fin de que adopte

el criterio que, debidamente justificado, mejor se adapte a las necesidades a cubrir, sin que pueda prevalecer por ello el criterio de los licitadores manifestado mediante la correspondiente impugnación. Sin embargo, con cita de la Resolución 182/2019, de 31 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, también señala que, como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figuran el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 2 de la LFCP, entre los que se encuentra el análisis de si la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores. Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia.

En términos similares se pronuncia el TACRC que, en su Resolución 1165/2019, de 21 de octubre, con cita de su Resolución 800/2019, de 11 de julio, señala que, *si bien la regla general es la división en lotes, la misma no se impone para todos los contratos, pues debe permitirlo la naturaleza o el objeto de estos. La naturaleza y el objeto operan como condición previa para que se acuerde la división en lotes. A su vez, y dada dicha condición previa, atendiendo a la naturaleza y el objeto del contrato a licitar, se habrá de exigir necesidad de justificar la no división con mayor o menor rigor según las circunstancias que concurran en cada expediente de contratación, concluyendo lo siguiente:*

a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.

b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.

c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.

d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.

e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Asimismo, señala dicha Resolución que *En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”*

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES”.

Abundando en estas consideraciones, en la Resolución nº 646/2019 apuntábamos de una parte que la división en lotes se configura como la regla general y la no división la excepción, si bien ello debe verse siempre en relación con la naturaleza y objeto del contrato. También, que la nueva LCSP no impide que la

Administración configure el objeto del contrato atendiendo lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer”.

Vista la regulación legal y su interpretación doctrinal, debemos aplicarlas al presente caso, en el que el objeto del contrato no se divide en lotes (cláusula B.4 del cuadro de condiciones particulares), decisión que se encuentra motivada en el expediente de contratación, si bien la reclamante considera que se han obviado los informes del Secretario (en realidad del letrado municipal) y del Interventor, que manifiestan reparos al respecto.

Existe en el expediente un primer informe emitido por el técnico de deportes del Ayuntamiento de Tudela el 29 de noviembre de 2021, en el que se señala lo siguiente respecto a la no división del contrato en lotes: *Del propio objeto del contrato se desprende la imposibilidad de división en lotes ya que la realización independiente de las diversas actividades comprendidas en el objeto del contrato puede dificultar la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico y además la naturaleza del objeto implica la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes actividades.*

Motivación a la que el informe jurídico emitido el 16 de diciembre opuso que *el presente pliego se considera que no viene a cumplir con la regla general de la división del contrato en lotes, siendo de carácter excepcional la contratación conjunta, art. 41 de la LFCPN, en este contrato se considera que tanto el servicio de socorrista o el de conserjería como el de actividades deportivas podrían ir en lotes independientes, entendiéndose que en el expediente no queda debidamente justificada su no división, por lo que quien suscribe considera que salvo mayor justificación al respecto debería estar dividido el contrato en lotes.*

A resultas de lo cual el técnico de deportes emitió un nuevo informe con el único fin de justificar la no división en lotes, que fue remitido por correo electrónico al letrado municipal del Ayuntamiento el 11 de enero de 2022, recibiendo el visto bueno de este por el mismo medio y en la misma fecha, y que finalmente se firmó el 14 de enero.

Sin embargo, el informe de fiscalización del expediente, de 26 de enero, señala que *Consta en el expediente un nuevo informe, complementario podríamos decir, elaborado por la unidad gestora en el pretende justificar la no división en lotes. A juicio de quien suscribe podría entenderse que en este nuevo informe complementario se centra en justificar la no división en lotes de dos de las actividades que son objeto principal del contrato: actividades deportivas y servicios de socorristas de piscinas de verano; pero no justifica la no división en lotes de la tercera actividad principal del contrato: el servicio de conserjería de los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor. (...).*

Por todo lo expuesto, en opinión de quien suscribe, tal y como indica el informe jurídico, debería justificarse la no división en lotes (al menos en lo que se refiere al servicio de conserjería de los campos de fútbol que no la considero suficiente) o, en su caso, proceder a la división en lotes.

Pues bien, como hemos dicho, la reclamante alega que se ha obviado el informe jurídico y el de fiscalización, constatando este último que la justificación resulta insuficiente respecto al servicio de conserjería de los campos de fútbol del CDM Clara Campoamor. El órgano de contratación, por su parte, considera que la opinión del Interventor municipal carece de argumentación, no desvirtuando los argumentos del técnico deportivo, avalados por el letrado municipal.

Tal y como apreció el informe jurídico emitido por el letrado municipal, la primera justificación técnica de la no división del objeto del contrato en lotes no satisfacía los requisitos de motivación exigibles, por cuanto no era sino una copia de la causa prevista en el artículo 41.4.b) de la LFCP, sin que se explicara en dicho informe técnico las razones que justificaban, en este contrato en concreto, la aplicación de tal causa.

Defecto de motivación que vino a suplirse mediante el segundo informe técnico emitido, en el que se señalan las siguientes razones para acordar la no división en lotes del contrato: *Por ello, su no división en lotes no va a impedir que alguna empresa y entidad privada gestora de servicios y equipamientos deportivos pueda presentar su*

oferta y el sacar todas las actividades o prestaciones en un único lote facilitará a todas las partes el cumplimiento concreto y correcto del convenio colectivo del sector.

Por otro lado, se ha observado en el contrato actual para estas mismas actividades, concretamente para el servicio de socorristas y actividades deportivas para adultos, sala de musculación y cardiovascular del Complejo Municipal Ribotas que un mismo trabajador/a ha tenido contrato, en el mismo año, como monitor deportivo y/o director de sala y en otro periodo ha tenido contrato como socorrista.

Este aspecto, además de beneficiar al trabajador/a también facilita la situación a la futura empresa adjudicataria por ello su no división facilita su correcta ejecución desde el punto de vista técnico, además de que facilita la labor de coordinación de las diferentes prestaciones/actividades. Labor de coordinación que no sólo favorece a la empresa adjudicataria, sino, y quizás mucho más importante, a la administración, en este caso al Ayuntamiento de Tudela al tener sólo un interlocutor o responsable con el que tratar los aspectos que diariamente se producen cuando estas prestaciones o actividades se están desarrollando.

Por último, el sacar la licitación en un solo lote, la lógica indica que la oferta económica será mejor para la administración, en este caso para el Ayuntamiento de Tudela al obtener el adjudicatario un contrato con un mayor volumen económico que pueda permitirle no sólo dar el mejor servicio posible, sino tener mayores posibilidades de que el mismo genere beneficios económicos para la misma, aspecto que no debemos de olvidarnos también tiene su importancia.

Razones que el órgano de contratación sintetiza en su escrito de alegaciones y frente a las cuales la reclamante no aduce oposición razonada alguna, más allá de aludir al informe jurídico (si bien, como hemos visto, dicho informe se emitió tras el primer informe técnico, dando finalmente el letrado municipal su conformidad al segundo de los informes técnicos) y al informe de fiscalización. Informe este que formula su reparo respecto a la no división en un lote independiente del servicio de conserjería de los campos de fútbol, al señalar que el nuevo informe técnico se centra en justificar la no división en lotes de las actividades deportivas y del servicio de socorrismo. Sin embargo, de las razones expuestas en dicho informe técnico, la única que se refiere específicamente a dichas actividades es la relativa a un trabajador que ha venido desempeñando su función en ambas (como monitor deportivo y/o director de sala y

como socorrista), siendo así que todas las demás razones podrían ser de aplicación, también, al servicio de conserjería de los campos de fútbol.

Por tanto, en aplicación del criterio expuesto, también contenido en la Resolución 236/2022, de 17 de febrero, del TACRC, que alude a la discrecionalidad de que goza el órgano de contratación en cuanto a la decisión de la división del objeto del contrato en lotes, habiendo justificado dicha decisión en un informe razonado que obra en el expediente, no acreditándose de adverso lo erróneo o arbitrario de la misma que, por su carácter técnico, no es susceptible de ser modificada o corregida por este Tribunal, se considera que esta alegación debe ser desestimada.

Como segunda cuestión, la reclamante sostiene que el servicio de coordinación del contrato supone el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, por lo que su contratación está proscrita por el artículo 30 de la LFCP. Cita, igualmente, el artículo 142.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Invoca la reclamante esta circunstancia en relación con la figura del coordinador del contrato, señalando que *los propios técnicos del ayuntamiento indican que el poder de gestión y decisión recaerá en el Ayuntamiento*, transcribiendo parcialmente un informe que, según señala, es el informe de los técnicos que acompaña este proceso, informe que, sin embargo, no obra en el expediente, ni se corresponde con el de la unidad gestora del contrato suscrito el 29 de noviembre de 2021. En cualquier caso, dicho informe alude, según parece, a la gestión directa municipal de los campos de fútbol, no aludiendo por ello al servicio de coordinación del contrato, que es respecto al que la reclamante alega la vulneración del artículo 30 de la LFCP como consecuencia del ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

Transcribe la reclamante la cláusula 2.2.5 del pliego técnico del contrato donde se señalan las funciones de este servicio de coordinación, concluyendo que existe una colisión y/o fusión de deberes entre el personal técnico y directivo del área de deporte del Ayuntamiento y dicho servicio de coordinación, de tal forma que no se sabe dónde empiezan las responsabilidades y funciones de dicho personal y las del coordinador,

pareciendo que con esta figura se pretende descargar y suplantar trabajo y funciones del citado personal del área de deporte municipal.

El órgano de contratación, por su parte, señala que el Ayuntamiento es el promotor de las actividades y el responsable de las instalaciones, de tal forma que decide el uso que se da a las mismas, contratándose labores auxiliares como la asistencia a la programación, la organización de los trabajos programados y su supervisión. Alega que el Ayuntamiento conserva su poder de policía (artículo 227 de la LFCP), bastando con ver las obligaciones del contratista recogidas en la cláusula 19.3 del pliego administrativo, así como que las prestaciones que se contratan no son de competencia municipal exclusiva, pudiendo ser realizadas por terceros ajenos a la Administración, por lo que el servicio no puede ser calificado de *ejercicio de autoridad*.

El artículo 30 de la LFCP define el contrato de servicios en los siguientes términos: *1. El contrato de servicios es aquel cuyo objeto sea distinto del contrato de obras o de suministros, mediante el que se encarga por un precio a una empresa o profesional la prestación de un servicio, incluyendo aquellos en los que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.*

2. Los servicios se prestarán al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general.

3. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El artículo 25.2.1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, establece como competencia propia de los municipios la *Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre*, competencia que se materializa en la prestación de servicios públicos locales que pueden gestionarse de forma directa o indirecta, siendo de aplicación en este último caso la normativa en materia de contratación pública, tal y como señala el artículo 85 de la misma ley, que advierte que *La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos* (referencia que debe entenderse hoy hecha al artículo

9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, conforme al cual *En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*). En Navarra, la contratación de tales servicios deberá realizarse aplicando la LFCP, con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local, tal y como establece el artículo 4.1.c) de aquella ley foral.

Tal y como señala el Informe 2/06, de 24 de marzo de 2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al que alude el órgano de contratación, no existe una clasificación legal de los servicios que, por implicar ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, estén vedados a su gestión indirecta mediante contratación con un tercero, debiéndose analizar las concretas actividades a fin de determinar si pueden ser objeto de contratación, si bien, dicho informe señala como ejemplos en que concurre dicho ejercicio de autoridad pública la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental.

La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirma, en su Informe 14/10, de 23 de julio de 2010, que *debe entenderse que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada*.

El presente contrato tiene por objeto, tal y como señala la cláusula 1ª de su pliego técnico, el desarrollo de actividades deportivas municipales del Ayuntamiento de Tudela, que se concretan en la impartición de actividades deportivas en el complejo municipal Ribotas, la prestación del servicio de socorrismo en las piscinas de verano en dicha instalación y en la de *Ciudad de Tudela*, del servicio de conserjería en los campos

de fútbol del CDM Clara Campoamor (que incluye labores de mantenimiento, limpieza e higienización, control de acceso y de uso, y vigilancia), y la coordinación de las anteriores actividades. Pues bien, no se aprecia en el presente caso en qué medida o de qué modo la prestación de estos servicios de naturaleza deportiva pueden implicar el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Así, concretamente, respecto al servicio de coordinación al que se refiere la reclamante, las funciones incluidas en el mismo son las propias de esta actividad coordinadora, sin que la reclamante acredite porqué se confunden o suplantan las funciones propias del personal que presta sus servicios en el área de deporte del Ayuntamiento, ya sea como técnico o como directivo.

Se trata, como decimos, de la gestión indirecta de actividades de naturaleza deportiva o de ocio, en las que no se aprecia la infracción del artículo 30.3 de la LFCP, en los términos que el TACRC señala en su Resolución 635/2013, de 19 de diciembre, cuando en relación con la gestión del servicio de piscinas municipales concluye que es patente que el mismo no comporta el ejercicio de autoridad o potestad de estricto imperio alguna.

Transcribe la reclamante, por último, el artículo 142.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sin realizar, sin embargo, ninguna alegación en relación con su vulneración respecto a este servicio de coordinación del contrato, lo cual no es admisible pues vulnera la reiterada doctrina en relación con la carga probatoria que incumbe al reclamante (por todos, el Acuerdo 108/2021, de 9 de noviembre, de este Tribunal).

Motivos por todos los cuales consideramos que debe desestimarse la alegación formulada.

Expone la parte actora que con el puesto de conserje de los campos de fútbol el Ayuntamiento busca cubrir necesidades permanentes de personal para el normal desenvolvimiento de su actividad, por lo que no puede acudir a un contrato de asistencia, sino crear una plaza en su plantilla, conforme al artículo 142.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y al artículo 45 de la LFCP.

En concreto, alega la reclamante que el servicio de conserjería de los campos de fútbol reviste un carácter permanente para el normal desenvolvimiento de la actividad del Ayuntamiento, por lo que procede la creación de una plaza en la plantilla orgánica del mismo, revocando la amortización que se realizó en el año 2021 de la plaza de Empleado de Servicios Múltiples en los campos de fútbol de Santa Quiteria. Señala a este respecto, que el artículo 142.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que *No podrán ser contratados servicios personales cuando atendieren a necesidades permanentes, en cuyo caso deberá crearse la oportuna plaza de funcionario y proveerla reglamentariamente*, lo cual se contrapone con la duración determinada que tienen los contratos públicos, pudiendo el contrato de asistencia encubrir una verdadera relación laboral.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el servicio objeto de licitación encaja perfectamente en la definición del contrato de servicios del artículo 30 de la LFCP, dado que el Ayuntamiento encarga el desarrollo de las actividades deportivas durante un tiempo a cambio de un precio. Con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002, sostiene que no nos encontramos ante un contrato de servicios personales puros, eso es, de contratación de personal para realizar una función que corresponde a un funcionario, sino de una serie de servicios prestados para la Administración, organizados y ejecutados por la empresa adjudicataria, por lo que sería más próximo al supuesto del artículo 141 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Este Tribunal ya ha advertido en diversas ocasiones acerca de la posible falta de adecuación a derecho como consecuencia del empleo de los contratos públicos para la prestación de determinados servicios que encubran, en realidad, relaciones laborales o estatutarias, por lo que resulta necesario determinar claramente el objeto del contrato (por todos, nuestros Acuerdos 70/2019, de 13 de agosto, 2/2020, de 8 de enero, y 31/2020, de 26 de mayo).

A este asunto se refiere, asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 22/2002, de 17 de enero (AS\2002\702), conforme a la cual, la cuestión no resulta fácil de dilucidar por cuanto existe una frontera imprecisa entre la propia y

verdadera relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios, señalando que debe estarse a la existencia o ausencia de la nota de dependencia consustancial a toda relación laboral, conforme a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, de tal forma que la relación será laboral cuando exista un poder directivo sobre el desarrollo de los servicios no reducido a la mera exigencia de resultados finales, sino a la realización diaria de las tareas de una forma concreta.

Sin embargo, no compete a este Tribunal determinar si el servicio de conserjería de los campos de fútbol tiene carácter laboral, estando esta cuestión reservada a la jurisdicción social, sino resolver acerca de la conformidad a derecho de la prestación del servicio a través de un contrato público de servicios, conforme a la definición contenida en el artículo 30 de la LFCP.

El artículo 113 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales señala que los servicios competencia de aquellas podrán prestarse indirectamente con arreglo a las siguientes formas: a) concesión; b) arrendamiento; y c) concierto.

Respecto al arrendamiento, regulado en sus artículos 138 a 142, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002 (RJ\2002\10531), a la que alude el órgano de contratación, señala lo siguiente: *El cuarto y último motivo de impugnación invoca como vulnerado el artículo 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, que establece que «no podrán ser contratados servicios personales cuando atendieren necesidades permanentes, en cuyo caso deberá crearse la oportuna plaza de funcionario y proveerla reglamentariamente». Alega la empresa recurrente que del pliego de cláusulas del concurso resulta con claridad que el contrato versaba sobre un arrendamiento de servicios personales, por lo que en aplicación de aquel precepto su adjudicación es nula.*

Para resolver este motivo ha de partirse de una contemplación conjunta de la regulación del «arriendo» como forma de gestión indirecta de los servicios locales, regulada en los artículos 138 a 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Bajo su solo aparente unidad formal, en realidad estos preceptos no regulan una sola forma de arrendamiento, sino que es posible distinguir en ellos tres modalidades diferenciadas. La primera, contemplada en los artículos 138 a 140, se

refiere a la prestación de servicios públicos mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia, o, más sintéticamente, al arriendo administrativo de servicios públicos. Los tres artículos citados constituyen un todo orgánico en tanto en cuanto regulan desde la definición de dicho contrato hasta su extinción, pasando por la determinación de su objeto, naturaleza, duración, contenido y régimen jurídico. En cambio, el artículo 141 no guarda enlace con los anteriores ni con el que le sigue. En él se menciona una figura contractual compleja, por la que el contratista se obliga a establecer los elementos personales e instrumentales de un servicio, así como a hacerlo funcionar, prestándolo al público. Finalmente, el artículo 142 regula una tercera modalidad de arrendamiento administrativo, calificable como arrendamiento de servicios personales puros, mediante un contrato de trabajo.

En este caso, la cláusula 1ª del pliego, en su redacción definitiva, establecía que «la adjudicación que mediante concurso se otorgue tendrá por objeto la gestión del servicio municipal de agua potable ... a tenor de lo previsto en el artículo 141.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales». De dicha cláusula y de las que la siguen resulta que el contrato no versaba sobre un arrendamiento de servicios personales de los regulados en el artículo 142, sino sobre ese arrendamiento complejo de medios personales e instrumentales para la prestación del servicio, previsto en el artículo 141. No siendo pues aplicable al contrato el artículo 142, debe decaer el motivo casacional formulado por el recurrente.

Al igual que en el caso enjuiciado, el servicio que ahora se licita no tiene por objeto el arrendamiento de servicios personales, sino la prestación de un servicio de naturaleza deportiva, incluyendo el servicio de conserjería de los campos de fútbol, donde se contempla la vigilancia, custodia y mantenimiento de las instalaciones.

Tal y como establece el Considerando 1 del Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV, tales códigos CPV sirven, en cada caso, para identificar el objeto del contrato de que se trate, motivo por el cual los anuncios de licitación deben

incluir el correspondiente código CPV, conforme a los artículos 88.2.c) y 89.4 de la LFCP.

El órgano de contratación ha utilizado en el presente caso, el CPV 926000007 Servicios deportivos, si bien el servicio de conserjería también aparece identificado en dicho reglamento con un CPV específico, el 98341130-5, de donde se colige que los contratos públicos, en este caso de servicios, pueden tener tal objeto.

La contratación de este tipo de servicios se revela, no sólo como posible, sino también como habitual a la vista del elevado número de resoluciones del TACRC que resuelven recursos especiales en relación con contratos que tienen tal objeto, sin que en ningún caso dicho Tribunal haya advertido de la improcedencia de contratar tales servicios por su posible naturaleza laboral, pudiendo citarse, sin ánimo de exhaustividad, las Resoluciones 138/2018, de 9 de febrero, que alude precisamente al servicio de conserjería y acondicionamiento de polideportivos, campos de fútbol, pistas de tenis y limpieza de todas las instalaciones deportivas, la 1526/2021, de 5 de noviembre, que alude al servicio de mantenimiento, limpieza y conserjería de colegios públicos de infantil y primaria y dependencias municipales, y la 1722/2021, de 25 de noviembre, que se refiere a la prestación del servicio de mantenimiento, control de los accesos y servicio de conserjería de las instalaciones municipales.

Podemos citar por la similitud de las funciones asignadas, igualmente, la Resolución 1224/2017, de 22 de diciembre, del mismo Tribunal, que alude a los servicios de conserjería en una clínica, señalando que el pliego técnico del contrato contempla las tareas a realizar, que se asemejan a las previstas en la cláusula 2.2.4 del pliego técnico del servicio licitado por el Ayuntamiento de Tudela.

De todo lo expuesto se concluye que el servicio de conserjería de los campos de fútbol no tiene por objeto la contratación de un servicio meramente personal en los términos previstos en el artículo 142 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, pudiendo ser objeto de contratación bajo la modalidad del contrato de servicios previsto en la LFCP, por lo que consideramos que la alegación formulada debe ser desestimada.

En cuarto lugar, la entidad reclamante considera que con la contratación del conserje y del coordinador se produce una cesión ilegal de trabajadores por la empresa contratista al Ayuntamiento de Tudela, en los términos previstos en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta que se produce la cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria, o cuando la empresa cedente carece de una actividad u organización propia y estable, o cuando no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Señala que la empresa adjudicataria se limita a realizar un mero suministro de mano de obra a la Administración contratante.

El órgano de contratación niega que se produzca dicha cesión de trabajadores, señalando que la empresa contratada prestará el servicio aportando medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección, garantizando al Ayuntamiento el resultado de su ejecución y manteniendo las facultades patronales de dirección y control laboral respecto a su personal, que no se integra en la organización de la entidad pública.

En relación con la posible cesión ilegal de trabajadores como consecuencia de un contrato de servicios, la Resolución 306/2017, de 31 de marzo, del TACRC, alude al cambio de criterio operado tras las directivas en materia de contratación pública, en el sentido de considerarse competente para resolver la cuestión, sin perjuicio de lo que resulte de su examen por la jurisdicción social, y señalando, respecto al fondo del asunto, que el mismo debe ser resuelto a la vista del contenido del servicio previsto en el pliego. En este sentido, dicha resolución señala lo siguiente: *Sostiene la reclamante que el régimen del contrato que resulta de las cláusulas transcritas implica una cesión ilegal de trabajadores “ya que se impone por un lado la imagen de Correos, quien impone unilateralmente el horario de inicio y fin de su trabajo, siendo controlado por correos mediante GPS su cumplimiento, impidiendo con la exclusividad que el trabajador pueda realizar cualquier actividad para su patrono”, solicitándonos que este Tribunal reclame “certificación a Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre*

si es constitutivo o no de cesión ilegal de trabajadores la ejecución del contrato del lote 6 en particular y en caso afirmativo se anule la licitación”.

Esta argumentación obliga a efectuar un doble análisis, a saber: de un lado, si es dado impugnar por la vía del artículo 101 LCSE una licitación de las comprendidas en la LCSE por dar lugar la misma a cesión ilegal de trabajadores y, de otro, si, en caso afirmativo, concurre en el caso analizado la pretendida cesión de mano de obra.

B) Abordando el primer punto del análisis indicado, la respuesta inicial de este Tribunal, con base exclusiva en el contenido de la LCSE, habría podido ser, sin duda, negar nuestra competencia para conocer de una supuesta cesión ilegal de trabajadores por considerar que es esta una materia que no es reconducible a ninguna infracción de los preceptos de aquélla. Como hemos señalado en otras ocasiones, “no es función específica de este Tribunal verificar el estricto cumplimiento de la legislación laboral en el desarrollo del contrato” (cfr.: Resolución 120/2014), además de tratarse de un “mero futurible hipotético que, en todo caso, debería encontrar corrección, si llegase a hacerse efectivo, mediante el ejercicio de las oportunas acciones ante la jurisdicción laboral” (cfr.: Resoluciones 80/2013 y 81/2013).

Sin embargo, hoy, la solución no puede ser la misma, al menos no con todo el rigor que cabe deducir de la sola contemplación de la LCSE. En efecto, una vez cumplido el plazo para incorporar al Derecho interno las previsiones de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014 (lo hizo el 18 de abril de 2016, con arreglo a su artículo 106.1), aquella constituye el marco normativo con el que debe interpretarse la disciplina de la LCSE, al haberse iniciado el expediente de contratación con posterioridad a dicha fecha ((cfr.: Sentencia TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016 –asunto C-324/14- y Sentencia TJUE, Sala Segunda, de 10 de julio de 2014 –asunto C-213/13-). Siendo ello así, es obligado recordar lo dispuesto en su artículo 36.2:

“Los Estados miembros tomarán las medidas apropiadas para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho Internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo XIV.”

Precepto que, a su vez, debe ponerse en relación con el considerando 52 de su Exposición de Motivos, en la que se lee:

“En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y las entidades adjudicadoras tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión. Del mismo modo, las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ratificados por todos los Estados miembros y enumerados en el anexo XIV deben aplicarse durante la ejecución del contrato. Sin embargo, ello no impedirá en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.

Las medidas pertinentes se aplicarán con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la igualdad de trato. Dichas medidas pertinentes se aplicarán de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (19), y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y trabajadores de otros Estados miembros.”

Sin ser ahora el momento de hacer un análisis exhaustivo de la cuestión, nos basta con recordar aquí lo que dijimos en nuestra Resolución 1031/2016 a propósito de la Directiva 2014/24/UE y que son aplicables para glosar la impronta de la Directiva 2014/25/UE a la que aquí estamos refiriéndonos:

“Sobre dicho texto, y a grandes rasgos, puede señalarse que aquél no se conforma con que se informe a los licitadores de cuáles son las obligaciones laborales que pueden pesar sobre el contratista, sino que va más allá, al tratar de asegurar el efectivo cumplimiento de aquellas por parte de los operadores económicos con ocasión de la ejecución de los contratos públicos.”

Y añadimos entonces:

“Nos basta con constatar que el marco comunitario no se limita a prever un deber de información sobre las obligaciones laborales, sino que exige a los Estados tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las mismas por parte de los operadores económicos.”

Desde esta perspectiva, es claro que no es posible dejar de atender a una alegación de cesión ilegal como la planteada por la recurrente, desde el momento en que, de ser cierta, se estaría incumpliendo la obligación del artículo 36.2 antes transcrito. Obviamente, ello no implica arrogarnos funciones propias de la Jurisdicción social, que sigue siendo la única competente para verificar si, en la ejecución del contrato, se ha producido un tráfico ilícito de mano de obra; lo único que nos atañe es verificar si las concretas cláusulas de un pliego, en la forma en que estén redactadas y en la medida en que no puedan salvarse mediante una interpretación razonable, dan lugar a una cesión ilegal de trabajadores. Si ello es así, se impondrá su anulación, puesto que no es admisible que se licite un contrato de los sujetos a la legislación de contratos públicos (sea la LCSE o sea la normativa general contenida en el TRLCSP) de modo que dé lugar a una vulneración del ordenamiento jurídico laboral como la expuesta, al implicar ello, al mismo tiempo, una infracción de las obligaciones impuestas al Estado Español en la Directiva 2014/25/UE.

No resta sino hacer dos advertencias adicionales, a saber: por un lado, que nuestro análisis se ha de hacer a la vista exclusiva del Pliego y demás documentos contractuales sin aventurarnos en escenarios futuros que siguen siendo puramente hipotéticos y, por otro, que el pronunciamiento que adoptemos, con una base de cognición tan limitada, en absoluto prejuzgará la decisión que en su día puedan tomar los Juzgados y Tribunales del Orden Social.

C) Sentada, pues, nuestra competencia para conocer alegaciones de cesión ilegal como la que formula la reclamante, hemos de analizar el mérito de las mismas.

A este respecto, hemos de recordar que en nuestro Ordenamiento la cesión de trabajadores solo puede realizarse a través de una empresa de trabajo temporal (artículo 43.1 del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; en adelante, ET); el instrumento para ello es el contrato de puesta a disposición, por medio del cual la de trabajo temporal cede a la usuaria un trabajador para que preste servicios en ella, quedando bajo el poder de dirección de la misma (cfr.: artículo 6 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal). Al margen de este cauce, la cesión es ilícita y, entre otras consecuencias, constituye una infracción muy grave en materia de relaciones laborales (cfr.: artículo 8.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto

Legislativo 5/2000, de 4 de agosto –en adelante, TRLISS–), incluso cuando se produce desde una empresa de trabajo temporal a otra de la misma clase (cfr.: artículo 18.3 TRLISS).

El artículo 43.2 ET, sintetizando la jurisprudencia sobre el particular, indica cuándo se entiende producida una cesión ilegal de trabajadores: “que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.” Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 11 de febrero de 2016 (Roj STS 1041/2016), recapitulando la jurisprudencia sobre la materia, caracteriza de este modo la cesión ilegal de trabajadores:

“2.- La contestación a tal denuncia ha de partir del propio concepto de cesión ilegal, no definida en el art. 43 ET, pero que la doctrina de la Sala caracteriza afirmando que el fenómeno interpositorio supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal [SSTS 21/03/97 rcud 3211/96 -; ... 15/02/11 rcud 2123/10 -; y 21/02/11 -rcud 1645/19 -].”

Examinadas las cláusulas transcritas, no compartimos la postura de la recurrente, quien, como se ha indicado, sostiene que el control que “Correos y Telégrafos, S.A.” se reserva de la ejecución de la prestación, incluida la fijación de horarios, la exclusividad exigida y, en fin, la imposición de una determinada imagen corporativa supone una verdadera cesión ilegal de trabajadores.

A juicio de este Tribunal, esta configuración de la prestación que se pretende contratar en nada implica una trata de mano de obra prohibida por la legislación vigente: ni el objeto del contrato consiste en la mera puesta disposición de los trabajadores ni el contratista seleccionado perderá sus atribuciones de organización y mando sobre su plantilla. Sus trabajadores podrán ser destinados a una u otra actividad dentro de su empresa, sin que la entidad adjudicadora tenga que decir nada

al respecto, pues, como bien señala el órgano de contratación en su informe, la exclusividad que se exige es la de los vehículos afectos a la prestación, no la de los conductores. Esta última obligación –la dedicación exclusiva de medios materiales– puede resultar más o menos llamativa, pero desde luego no constituye una cesión de mano de obra, porque, como se ha dicho, no hay una simple puesta a disposición de los trabajadores de una empresa a otra. El razonamiento es extrapolable a la exigencia de adoptar una imagen corporativa coincidente con la de “Correos y Telégrafos, S.A.”, y que, a la postre, aboca a una confusión frente a terceros de los medios propios de esta con los de sus contratistas: la medida será cuestionable desde diversos puntos de vista, pero no pasa de ser una simple cuestión de configuración estética que no es constitutiva de cesión ilegal.

Tampoco es indicativo de cesión ilegal el hecho de que “Correos y Telégrafos, S.A.” fije las rutas y los horarios o que imponga el empleo de medios técnicos que permitan controlar los mismos, atribuciones que resultan por lo demás perfectamente lógicas si se tiene en cuenta que se trata de un servicio que se presta por su cuenta y de cuyo funcionamiento es responsable frente a terceros (cfr.: artículos 12 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal –en adelante, LSPU- y 21 y 22 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre).

En suma, de cuanto antecede se colige que los derechos y obligaciones que se establecen en el Pliego de condiciones, por sí solos, no suponen una cesión ilegal de los trabajadores de la adjudicataria a favor de “Correos y Telégrafos, S.A.”, pues de unos y otras no se infiere que dicha Sociedad Pública se convierta en el empleador real de tales empleados ni, por lo mismo, que la contratista pase a ser un mero empresario formal, sin poder sobre los mismos. Cuestión distinta será lo que pueda suceder, más allá de la abstracta consideración de las cláusulas del Pliego, en la aplicación real que se dé a las mismas en el desenvolvimiento del contrato, escenario futuro sobre el que no podemos pronunciarnos.

Se impone, por ello, la desestimación del motivo, no sin antes advertir, una vez más, que esta decisión en absoluto puede vincular a los órganos de la Jurisdicción Social en la hipótesis de que lleve a plantearse ante los mismos una contienda por cesión ilegal de trabajadores.

En el presente caso la reclamante no residencia su alegación en ninguna cláusula específica del pliego, arguyendo genéricamente que la empresa contratista ha de mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección. Procede, por lo tanto, examinar el contenido del pliego en relación con la contratación de los servicios de conserjería y coordinación, que son aquellos respecto de los que se denuncia la citada cesión ilegal de trabajadores.

Respecto al primero de los servicios, ciertamente la cláusula 2.2.4 del pliego técnico señala el horario y días en que deberá prestarse el mismo, que serán los de apertura de las instalaciones, si bien la misma cláusula impone al adjudicatario del contrato la obligación de reposición del mobiliario y material que, constando en el inventario, se deteriore, así como la obligación de poner a disposición del contrato herramientas, maquinaria y útiles para la prestación de este servicio. Vemos, por lo tanto, como el servicio de conserjería no consiste en una mera puesta a disposición de mano de obra.

En relación con el servicio de coordinación, la cláusula 2.2.5 establece el número de horas de prestación del mismo, así como que se prestará en horario de mañana y tarde, si bien no se especifica el horario concreto que quedará, por ello, a determinación del contratista. Asimismo, entre las tareas asignadas a dicho servicio se encuentra, precisamente, las de organizar, preparar y dirigir el programa de trabajo y reparto de tareas del personal necesario para el desarrollo de los programas contratados, así como coordinar y supervisar las actividades, tareas, trabajos, turnos, vacaciones y sustituciones del personal que sean precisas. Por lo tanto, las labores de dirección del personal y de organización del trabajo se atribuyen a la propia empresa contratista, no siendo desempeñadas por la Administración contratante.

Por último, la cláusula 19.3 del pliego de condiciones particulares del contrato establece que corresponde al contratista abonar los gastos a que dé lugar la realización del contrato: coste de personal, de material, elementos, útiles y maquinaria necesarios; gastos derivados del mantenimiento de esta y demás medios materiales; vestuario del

personal; y otros gastos tales como los financieros, seguros, transportes, desplazamientos, etc.

No se aprecia, en consecuencia, que la prestación de tales servicios constituya una mera puesta a disposición de mano de obra, ni, por ello, una cesión de trabajadores proscrita por el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que consideramos que procede desestimar la alegación realizada en este sentido.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta doña O. R. M. frente al *Contrato de servicios para el desarrollo de actividades deportivas* licitado por el Ayuntamiento de Tudela.

2º. Notificar este acuerdo a doña O. R. M., al Ayuntamiento de Tudela, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 5 de mayo de 2022. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.