Asunto : solicitud de informe sobre necesidades de contratación en el Servicio de ayuda a domicilio
Solicitante : Ayuntamiento de Monturque
Expte.: 252/21, GEX 21/36009

Visto el oficio remitido por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Monturque, en el que interesa asistencia jurídica sobre necesidades de contratación en el Servicio de ayuda a domicilio, así como la resolución de la Presidencia que la autoriza, por el funcionario adscrito al Servicio Asistencia Jurídica y Consultoría Técnica que suscribe se emite el siguiente:

INFORME:

ANTECEDENTES:

El Ayuntamiento de Monturque presta el servicio de ayuda a domicilio, cuya gestión le viene atribuida en virtud de Convenio de Colaboración suscrito con la Diputación Provincial, mediante una sociedad mercantil local. Ante la falta de personal cualificado para atender circunstancias coyunturales como bajas por enfermedad o vacaciones del personal del servicio, y la imposibilidad legal de acudir para este fin a empresas de trabajo temporal, plantean la alternativa de la prestación del servicio con una entidad especializada en ayuda a domicilio, para cubrir las ausencias de personal durante los permisos, bajas por enfermedad o vacaciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Normativa aplicable:

1. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
2. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante Ett.
3. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

Consideraciones jurídicas:

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece en su artículo 30.3 la regla según la cual la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. Añade que, no obstante, cuando carezca de medios suficientes, y previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en las normas de la Ley que tratan el contrato de servicios.

Esta regla es plenamente congruente con la contenida en el artículo 28.1 LCSP que consagra el que denomina principio de necesidad del contrato y que impone que las entidades del sector público no puedan celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, señala la ley que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria del contrato, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

La prestación de los servicios por la propia Administración se configura como la regla normal o usual, que será posible cuando la Administración disponga de los medios adecuados para llevarla a cabo. No obstante, es perfectamente posible que un determinado servicio que venía prestando la Administración vea extendida su importancia cuantitativa o cualitativa y que a través de los medios con que cuenta la Administración ya no sea posible prestar la parte añadida. En este caso no cabe duda de que, previa justificación del cumplimiento de los requisitos legales, la Administración aludida puede acudir a la técnica del contrato público con el fin de no defraudar las necesidades de interés público que el servicio satisface. Ello puede suponer que concurran dos sistemas de prestación del servicio diferentes (directo e indirecto) sobre servicios similares o próximos, siempre que ello esté justificado atendiendo a las capacidades y medios de la Administración contratante, supuesto en el que no existiría ningún obstáculo jurídico para su admisión.[1]

Ahora bien, esta contratación por la Administración de empresas para la prestación de servicios de su competencia puede conllevar consecuencias indeseadas, como las constatadas en el desarrollo de las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas en diversos organismos dependientes de la Administración General del Estado,

1 Razonamientos de la Junta Consultiva de Contratación Pública (Expediente 112/18)

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

pie_firma_corto_dipu_01

en las que se ha puesto de manifiesto que, en ocasiones, la contratación de empresas para la realización de trabajos o servicios ha dado lugar a demandas de su personal, que han obtenido sentencias judiciales en cuya virtud han adquirido la condición de trabajadores de los correspondientes organismos. En otras ocasiones, aun cuando no han llegado a plantearse reclamaciones judiciales, la situación de riesgo ha existido y, por tanto, según el Tribunal deben adoptarse también las oportunas medidas para evitarlo.

Los contratos de servicios tienen un objeto y un contenido propio y con frecuencia se han utilizado en fines que no son los que con ellos persigue el ordenamiento jurídico. El riesgo puede situarse tanto en la fase de formación del contrato, sobre todo si no se definen correctamente las prestaciones en los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas particulares, como en la de ejecución, si los responsables de los servicios no se ajustan a dichos pliegos o asumen funciones directivas sobre el personal de la empresa contratada, sin respetar el poder de dirección que compete al empresario contratista.

La Comisión Mixta del Congreso de los Diputados para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su sesión del día 27 de octubre de 2010, a la vista del Informe remitido por dicho Tribunal, acuerda instar a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración, para ejercer competencias que tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su Disposición adicional primera, sobre Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, dispuso que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin, los citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

Para el ámbito del Estado y dando cumplimiento al anterior mandato legal, se dictaron las “Instrucciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores", en las que se ordena que **en los pliegos de prescripciones técnicas o cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios se determinarán con la mayor precisión posible las prestaciones a realizar, que deberán encontrarse perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal, sin que en ningún caso puedan confundirse las tareas a desempeñar por el personal de la empresa contratista y las desempeñadas por el personal de la empresa contratante, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas**. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que la ejecución del contrato no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

En refuerzo de estas garantías, el artículo 308.2 LCSP señala lo siguiente:

> *2. En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.*
>
> *A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.*

Como afirma la Junta Consultiva de Contratación Pública (Expediente 112/18), la finalidad de esta norma es evidente. La LCSP ha querido plasmar de forma contundente la imposibilidad de emplear el contrato de servicios para encubrir la contratación de personal. Por esta razón, se niega la posibilidad de consolidación de los trabajadores de la contratista como personal de la Administración contratante. Y también por esa razón no cabe que desde la Administración se ejerzan facultades que son propias del empleador en cualquiera de sus manifestaciones, añadiendo que deben por tanto diferenciarse los servicios que presta la propia Administración de los que se prestan a través de un contrato público. El contrato o contratos que se celebren en este último caso deben respetar íntegramente las condiciones del artículo 308, estableciendo una separación nítida entre la relación jurídica que une a la Administración y al contratista y la relación que une a este con sus trabajadores.

Desde la perspectiva de la normativa social, el art. 43 del Estatuto de los trabajadores dispone lo siguiente:

> *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.*

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

septiembre de 2001, 17 de enero de 2002 , 16 de febrero de 2003 y 3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia ".

4.- De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

5.- El error de la sentencia de contraste consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento. Pero, como ya se ha señalado, el ámbito de la cesión del art. 43 ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

6.- La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.

TERCERO.-1.- En el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el art. 42 ET en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por el actor como "informador turistico" se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

pie_firma_conte_dipu_01

ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito.

2.- Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la cita Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra.

Por cuanto antecede, estimamos sobre la cuestión que nos ha sido planteada que la contratación de los servicios de una empresa especializada en ayuda a domicilio para facilitar personal de esta actividad que cubra las ausencias del personal propio por circunstancias coyunturales vulneraría los preceptos antes citados, arts. 308.2 LCSP y 43.2 Ett.. A nuestro juicio, la posibilidad que se nos plantea reviste los caracteres ya expuestos de una cesión ilegal de trabajadores, dado que el objeto del contrato de servicios se limitaría a una mera puesta a disposición de trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, con la finalidad de que el personal de la empresa contratista, en concurrencia con el personal propio, complete la plantilla necesaria para prestar el servicio adecuadamente. Aunque la empresa que facilita el personal pueda tener una actividad y una organización propias, esa organización no se pondría en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria, sin diferenciación entre las tareas a desempeñar por el personal de la empresa contratista y las desempeñadas por el personal de la empresa municipal. Las consecuencias legales de una cesión ilegal de trabajadores son las señaladas en los apartados 3 y 4 del art. 43:

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

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.

3. (…).

4. (...)

Para la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2011, recurso 1812/2010),

La contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16-febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

3.- Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala que la cesión puede tener lugar « aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta » y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización « no se ha puesto en juego », limitándose su actividad al « suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo » a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997; y se recuerda en la STS 24- noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

pie_firma_conto_dipu_01

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Conforme con lo dispuesto en el art. 43.1 del Ett, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, en los términos que legalmente se establezcan. De acuerdo con esta previsión, la Ley 14/1994, de 1 de junio, regula el régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal.

Se denomina empresa de trabajo temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados (art. 1 Ley 14/94).

Según el art. 6 de la misma Ley, el contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél. Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, contratos para la realización de una obra o servicio determinados, contratos por circunstancias de la producción o acumulación de tareas y contratos para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

Según el art. 8.b de la misma norma legal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición, entre otros casos, para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la Disposición adicional segunda de la propia Ley, la cual incluye entre los trabajos en actividades de especial peligrosidad los que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

Por tanto, tal como se expone en el escrito del Ayuntamiento, si en la evaluación de riesgos de la empresa que presta el servicio de ayuda a domicilio se consigna como uno de los asociados a este tipo de trabajos la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, quedaría también vedada la posibilidad de contratación de una empresa de trabajo temporal para la prestación de tales servicios.

pie_firma_conv_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021

Es cuanto me corresponde informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no suple en modo alguno otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Adjunto Jefatura Servicio Jurídico AMO CAMACHO LUIS SANTIAGO el 8/10/2021