

Junta Superior de Contratación Administrativa
C/ Palau ,12-3ª planta
46003 VALENCIA
Tel.: 961 6013072
Correo: secretaria_JSCA@qva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 5/2017

INFORME 5/2017 DE 12 DE ABRIL DE 2017. CONTRATO DE SERVICIOS INFORMÁTICOS. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

ANTECEDENTES

En fecha 7 de febrero de 2017 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Diputació de Castelló, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“ASUNTO: Solicitud de informe.

ANTECEDENTES:

1º.- Por parte del Servicio Provincial de Gestión, Inspección y Recaudación se ha preparado un pliego de prescripciones técnicas para la contratación por procedimiento abierto, de una asistencia técnica informática. Se adjunta dicho pliego como documento nº 1. El objeto del contrato consiste en:

“El objeto del contrato es la prestación de una serie de servicios informáticos para complementar el trabajo del personal informático del SGIR, que no puede asumir todo el que generarán las nuevas funcionalidades.

Los servicios informáticos que deberán ser prestados por la adjudicataria son los siguientes:

- diseño de los informes y formularios exigidos por las nuevas funcionalidades
- extracción y elaboración de información para los indicadores de gestión requeridos por la normativa sobre transparencia, que deben actualizarse periódicamente
- configuración y adaptación de los datos para cumplir los requerimientos de las nuevas funcionalidades
- desarrollo y administración continuada de consultas/canales para controlar el correcto funcionamiento de los nuevos módulos
- atender las dudas de los usuarios y gestionar las incidencias que surjan tras el periodo de implantación
- adaptar las bases de datos de control de envíos de notificaciones a las nuevas modalidades de notificación electrónica
- diseño y administración continuada de herramientas de control del envío de expedientes electrónicos a otras Administraciones
- diseño y administración continuada de herramientas de control de las publicaciones por medios electrónicos (BOE, TESTRA, etc)
- diseño y administración continuada de herramientas de control de los envíos a Correos
- procesos de depuración y optimización de base de datos

Cuando así se requiera deberá documentarse las herramientas desarrolladas y, en general, el trabajo realizado.

Para la prestación de los anteriores servicios se requiere un total anual de 'horas de trabajo de técnico informático' de 3.375 horas, que corresponde a dos técnicos informáticos dedicados la totalidad de la jornada laboral de 7.30 h a lo largo de 1 año"

2°.- En el año 2015, ya se tramitó un contrato similar, por procedimiento abierto, que finaliza en julio de 2017. Igualmente, se adjunta el pliego de prescripciones técnicas, como documento nº 2.

3°.- Al existir alguna duda sobre si el objeto del contrato podría consistir en una figura propia de la normativa laboral, que impidiese la aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y la Directiva 2014/24, es por lo que se solicita Informe.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Primera.-¿Se adecua el objeto del contrato y sus características, a las previsiones legales sobre el contrato de servicios regulado en la legislación contractual?.

Segunda.-¿Se podría incurrir en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores?."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta formulada por la Diputación de Castellón plantea dos cuestiones reguladas en diferentes normas básicas de nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación y en materia laboral, respectivamente.

Por lo que se refiere a los contratos de servicios, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece son contratos públicos de servicios los que tienen por objeto cualquier prestación de servicios distintos de los de un contrato de obras. Por su parte, el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en lo sucesivo TRLCSP), establece en su artículo 10 que son aquellos contratos que tienen por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de dicha Ley, su Anexo II incluye expresamente entre las prestaciones que tienen tal consideración los servicios de informática y conexos, relacionándolos con los códigos de sus descriptores en el CPV (Vocabulario Común de la Contratación Pública de la Unión Europea).

En sentido análogo, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de diciembre de 2016 y actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados, establece en su artículo 17 que "son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos".



Aunque la descripción de los trabajos objeto del contrato, tal como figuran en el borrador del pliego de prescripciones técnicas remitido y se reproducen en el escrito de la consulta, es imprecisa y no se ajusta a las descripciones del CPV, resulta indudable que tales trabajos se enmarcan dentro de las prestaciones que pueden ser objeto de un contrato de servicios. Más concretamente, de servicios incluidos en la categoría 7 del Anexo II del TRLCSP, comprensiva de los servicios de informática y conexos y, dentro de estos, principalmente de servicios relacionados con el tratamiento de datos, las bases de datos o la normalización y clasificación de contenidos o datos (Códigos CPV: 72310000-1, 72320000-4 y 72330000-2).

En consecuencia, respecto de la primera cuestión planteada en la consulta debe concluirse que, efectivamente, las prestaciones descritas podrían ser objeto de un contrato administrativo de servicios de los comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP.

Respecto a la segunda cuestión planteada en la consulta del Ayuntamiento, relativa a si la contratación de tales trabajos podría considerarse una cesión ilegal de trabajadores, debe analizarse detenidamente las circunstancias en las que dichas prestaciones han de ser efectuadas, ya que no se trata tanto de determinar si estas pueden ser objeto de un contrato de servicios externos como de que tales contratos no oculten una relación laboral encubierta porque la empresa contratista se limita a poner a disposición de la Administración unos medios personales que se integran con los propios de esa misma Administración y ejercen sus funciones de forma análoga o idéntica a como lo harían estos.

El artículo 43.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, establece que, *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.*

Esta cuestión fue analizada por esta Junta en el Informe 7/2016, de 30 de noviembre de 2016, ante una consulta formulada por el Ayuntamiento de Torreveja que guarda analogía con la presente, si bien en aquella ocasión se daba una dificultad adicional que no se da en la consulta actual, ya que no se trataba de servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, como sucede ahora en la consulta de la Diputación, sino de servicios de atención directa a usuarios de servicios públicos de competencia y titularidad de dicho Ayuntamiento. Por ello, evitar incurrir en una cesión ilegal de trabajadores debiera ser más fácil en el supuesto planteado por la Diputación que en aquel otro y las consideraciones de aquel Informe continúan teniendo plena validez y deben reiterarse:

«(...) la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y la de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas dictaron, el 28 de diciembre de 2012, unas “Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores”, con las que se respondía a la Resolución de 27 de octubre de 2010, de la Comisión Mixta de las Cortes Generales, adoptada previa moción del Tribunal de Cuentas, por la que se instaba a las Administraciones Públicas a evitar e impedir la cesión

ilegal de trabajadores por la vía de estas contrataciones, teniendo en cuenta, además, que dicha cesión ilegal puede acabar, por efecto de resolución judicial, en un acceso de los trabajadores afectados a la función pública con menoscabo de los principios igualdad, mérito y capacidad establecidos en la Constitución.

Previamente, la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 20/2012, (...) había establecido para todo el sector público la obligación de establecer criterios o reglas en forma de instrucciones para la “correcta ejecución” de los servicios contratados, en los términos siguientes:

Disposición adicional primera. Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración.

Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

(...)

En las referidas instrucciones dictadas por los órganos competentes de la Administración General del Estado, a cuyo texto nos remitimos puesto que las consideramos aplicables para el conjunto del sector público y, en defecto de norma propia, para cualquier Administración Pública, se establecen, entre otras medidas para las fases posteriores a la adjudicación del contrato, los siguientes principios a los que de forma resumida ha de ajustarse la contratación de servicios externos:

1. Ha de evitarse la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de las competencias atribuidas a la entidad.
2. En los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares deben determinarse con precisión las prestaciones objeto del contrato y deslindarse de la actividad realizada por la entidad contratante con su propio personal.
3. Los responsables de la gestión de los servicios para los que se recurre a la contratación externa deberán abstenerse de ejercer función alguna de dirección sobre los trabajadores de la empresa contratista, la cual corresponderá en todo caso al empresario, sin perjuicio de las facultades del órgano de contratación.”

En el caso sometido a consulta, de la descripción de los trabajos que serían objeto del contrato de servicios y de su reiteración por segunda vez, se deduce que sí que parece que la contratación puede venir motivada por una insuficiencia de personal para atender las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, pero tratándose de la implantación de nuevas funcionalidades del sistema de información desconocemos si tal contratación responde a necesidades *permanentes* de personal o solo



a necesidades *temporales* mientras estas se implementan, aunque ello pueda requerir uno o más años. Por otra parte, se trata de servicios de asistencia técnica al Servicio de Gestión, Inspección y Recaudación de la Diputación, complementarios para su funcionamiento, que no implican ejercicio de autoridad y no deben sustituir al personal propio de la Diputación en el ejercicio de las competencias que esta tiene atribuidas en materia de asistencia a la gestión de la recaudación tributaria de los municipios de la provincia. Corresponde al órgano de contratación asegurarse de que ello sea así.

Por el mismo motivo, también es necesario que los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas que rijan la contratación determinen con precisión las tareas técnicas que se han de desarrollar en ejecución del contrato, las singularicen y eviten cualquier confusión entre la actividad del contratista y la del propio servicio de la Diputación. En ese sentido, no resultaría aceptable repetir lo establecido en la cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas correspondiente al contrato del año 2015 (documento num. 2 de los adjuntos), relativa a las condiciones de ejecución del contrato, según la cual se previó, junto a una restricción para cambiar los técnicos adscritos a la ejecución del contrato salvo causas de fuerza mayor que no se especifican, la asistencia diaria tales técnicos al centro de trabajo del Servicio de la Diputación para desarrollar su trabajo. Por tanto, aunque en el borrador del pliego para el nuevo contrato no se establece una prescripción en tales términos, sería conveniente que se especifique que los trabajos objeto del contrato deben ser desarrollados por el contratista en sus propios locales y dependencias sin perjuicio de que los técnicos asistan al centro de la Diputación cuando tengan que efectuar tareas que necesariamente deben efectuarse en instalaciones o equipos de aquel y durante el tiempo preciso para ello.

En las citadas instrucciones de la Administración General del Estado se incluyó como anexo el modelo de cláusula a incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios dirigida a asegurar la viabilidad de la contratación de servicios externos y su conformidad con la legislación laboral. El contenido de dicho modelo, al que debería ajustarse la Diputación adaptándolo al caso que nos ocupa, es el siguiente:

Cláusula <<NÚM>>. Reglas especiales respecto del personal laboral de la empresa contratista:

1.- Corresponde exclusivamente a la empresa contratista la selección del personal que, reuniendo los requisitos de titulación y experiencia exigidos en los pliegos [en los casos en que se establezcan requisitos específicos de titulación y experiencia], formará parte del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato, sin perjuicio de la verificación por parte de la "entidad contratante" del cumplimiento de aquellos requisitos.

La empresa contratista procurará que exista estabilidad en el equipo de trabajo, y que las variaciones en su composición sean puntuales y obedezcan a razones justificadas, en orden a no alterar el buen funcionamiento del servicio [cuando existan razones que justifiquen esta exigencia], informando en todo momento a la "entidad contratante".

2.- La empresa contratista asume la obligación de ejercer de modo real, efectivo y continuo, sobre el personal integrante del equipo de trabajo encargado de la ejecución del contrato, el poder de dirección inherente a todo empresario. En particular, asumirá la negociación y pago de los salarios, la concesión de permisos, licencias y vacaciones, las sustituciones de los trabajadores en casos de baja o ausencia, las obligaciones legales en materia de Seguridad Social, incluido el abono de cotizaciones y el pago de prestaciones, cuando proceda, las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales,

el ejercicio de la potestad disciplinaria, así como cuantos derechos y obligaciones se deriven de la relación contractual entre empleado y empleador.

3.- La empresa contratista velará especialmente por que los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato desarrollen su actividad sin extralimitarse en las funciones desempeñadas respecto de la actividad delimitada en los pliegos como objeto del contrato.

4.- La empresa contratista estará obligada a ejecutar el contrato en sus propias dependencias o instalaciones salvo que, excepcionalmente, sea autorizada a prestar sus servicios en las dependencias de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público. En este caso, el personal de la empresa contratista ocupará espacios de trabajo diferenciados del que ocupan los empleados públicos. Corresponde también a la empresa contratista velar por el cumplimiento de esta obligación. En el pliego deberá hacerse constar motivadamente la necesidad de que, para la ejecución del contrato, los servicios se presten en las dependencias de los Departamentos, agencias, entes, organismos y entidades que forman parte del sector público.

5.- La empresa contratista deberá designar al menos un coordinador técnico o responsable [según las características del servicio externalizado pueden establecerse distintos sistemas de organización en este punto], integrado en su propia plantilla, que tendrá entre sus obligaciones las siguientes:

a) Actuar como interlocutor de la empresa contratista frente a la "entidad contratante", canalizando la comunicación entre la empresa contratista y el personal integrante del equipo de trabajo adscrito al contrato, de un lado, y la "entidad contratante", de otro lado, en todo lo relativo a las cuestiones derivadas de la ejecución del contrato.

b) Distribuir el trabajo entre el personal encargado de la ejecución del contrato, e impartir a dichos trabajadores las órdenes e instrucciones de trabajo que sean necesarias en relación con la prestación del servicio contratado.

c) Supervisar el correcto desempeño por parte del personal integrante del equipo de trabajo de las funciones que tienen encomendadas, así como controlar la asistencia de dicho personal al puesto de trabajo.»

CONCLUSIÓN

1. La prestación de servicios técnicos para la implantación y desarrollo de nuevas funcionalidades y herramientas informáticas, como los especificados en la consulta objeto de este informe para su utilización por el Servicio de Gestión, Inspección y Recaudación de la Diputación de Castellón, puede ser objeto de un contrato típico de servicios a los que se refiere el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, siempre que no impliquen ejercicio de la autoridad ni supongan cesión ilegal de trabajadores.

2. Para no incurrir en cesión ilegal de trabajadores, en defecto de instrucciones propias adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, la Diputación debe estarse a las *Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión*



ilegal de trabajadores, dictadas por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y la de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 28 de diciembre de 2012, y establecer en los pliegos de cláusulas de administrativas particulares y de prescripciones técnicas las necesarias para asegurar la adecuación de la contratación a la normativa laboral.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETARIA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 12 de abril
de 2017.

VICEPRESIDENTA