

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12-3r planta
46003 VALÈNCIA
Tel.: 961 6013072
Correu: secretària_JSCA@gva.es

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

INFORME 5/2017, DE 12 D'ABRIL DE 2017. CONTRACTE DE SERVEIS INFORMÀTICS. CESSIÓ IL·LEGAL DE TREBALLADORS

ANTECEDENTS

Amb data 7 de febrer de 2017 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de la Diputació de Castelló, per mitjà de la qual formula una consulta que, literalment, diu així:

“ASSUMPTE: sol·licitud d'informe.

ANTECEDENTS:

1r El Servei Provincial de Gestió, Inspecció i Recaptació ha preparat un plec de prescripcions tècniques per a la contractació, per procediment obert, d'una assistència tècnica informàtica. S'adjunta aquest plec com a document número 1. Objecte del contracte:

“El objecte del contracte és la prestació d'una sèrie de serveis informàtics per a complementar el treball del personal informàtic del SGIR, que no pot assumir tot el que generaran les noves funcionalitats.

Els serveis informàtics que hauran de ser prestats per l'adjudicatària són els següents:

- Disseny dels informes i formularis exigits per les noves funcionalitats.
- Extracció i elaboració d'informació per als indicadors de gestió requerits per la normativa sobre transparència, que han d'actualitzar-se periòdicament.
- Configuració i adaptació de les dades per a complir els requeriments de les noves funcionalitats.
- Desenvolupament i administració continuada de consultes/canals per a controlar el funcionament correcte dels nous mòduls.
- Atendre els dubtes dels usuaris i gestionar les incidències que sorgisquen després del període d'implantació.
- Adaptar les bases de dades de control de trameses de notificacions a les noves modalitats de notificació electrònica.
- Disseny i administració continuada d'eines de control de la tramesa d'expedients electrònics a altres administracions.
- Disseny i administració continuada d'eines de control de les publicacions per mitjans electrònics (BOE, TESTRA, etc.).

- Disseny i administració continuada d'eines de control de les trameses a Correus.
- Processos de depuració i optimització de base de dades.

Quan així es requerisca s'hauran de documentar les eines desenvolupades i, en general, el treball realitzat.

Per a la prestació dels serveis anteriors es requereix un total anual d'hores de treball de tècnic informàtic de 3.375 hores, que correspon a dos tècnics informàtics dedicats la totalitat de la jornada laboral de 7.30 h al llarg d'1 any"

2n L'any 2015 ja es va tramitar un contracte semblant, per procediment obert, que finalitza al juliol de 2017. Igualment, s'adjunta el plec de prescripcions tècniques, com a document número 2.

3r Com que hi ha dubtes sobre si l'objecte del contracte podria consistir en una figura pròpia de la normativa laboral, que impedira l'aplicació del text refós de la Llei de contractes del sector públic (Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre) i la Directiva 2014/24, és per això que se sol·licita un informe.

QÜESTIONS PLANTEJADES:

Primera. S'adequa l'objecte del contracte i les seues característiques a les previsions legals sobre el contracte de serveis regulat en la legislació contractual?

Segona. Es podria incórrer en un cas de cessió il·legal de treballadors?"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La consulta formulada per la Diputació de Castelló planteja dues qüestions regulades en diferents normes bàsiques del nostre ordenament jurídic en matèria de contractació i en matèria laboral, respectivament.

Quant als contractes de serveis, la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, estableix que són contractes públics de serveis els que tenen per objecte qualsevol prestació de serveis diferents dels d'un contracte d'obres. D'altra banda, el vigent text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant TRLCSP), estableix, en l'article 10, que són aquells contractes que tenen per objecte prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o un subministrament. A l'efecte d'aquesta llei, en l'annex II, inclou expressament entre les prestacions que tenen aquesta consideració els serveis d'informàtica i connexos, i els relaciona amb els codis dels seus descriptors en el CPV (Vocabulari Comú de la Contractació Pública de la Unió Europea).



En sentit anàleg, el projecte de Llei de contractes del sector públic, publicat en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 2 de desembre de 2016, i actualment en tramitació en el Congrés dels Diputats, estableix, en l'article 17, que "són contractes de serveis aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o adreçades a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o subministrament, incloent-hi aquells en què l'adjudicatari s'obligue a executar el servei de forma successiva i per preu unitari. No podran ser objecte d'aquests contractes els serveis que impliquen exercici de l'autoritat inherent als poders públics".

Encara que la descripció dels treballs objecte del contracte, tal com figuren en l'esborrany del plec de prescripcions tècniques remés i es reproduïen en l'escrit de la consulta, és imprecisa i no s'ajusta a les descripcions del CPV, és indubtable que aquests treballs s'emmarquen dins de les prestacions que poden ser objecte d'un contracte de serveis. Més concretament de serveis inclosos en la categoria 7 de l'annex II del TRLCSP, que comprén els serveis d'informàtica i connexos i, dins d'aquests, principalment de serveis relacionats amb el tractament de dades, les bases de dades o la normalització i classificació de continguts o dades (codis CPV: 72310000-1, 72320000-4 i 72330000-2).

En conseqüència, respecte de la primera qüestió plantejada en la consulta, s'ha de concloure que, efectivament, les prestacions descrites podrien ser objecte d'un contracte administratiu de serveis dels compresos en l'àmbit d'aplicació del TRLCSP.

Quant a la segona qüestió plantejada en la consulta de l'Ajuntament, sobre si la contractació d'aquests treballs podria considerar-se una cessió il·legal de treballadors, han d'analitzar-se detingudament les circumstàncies en què aquestes prestacions han de ser efectuades, ja que no es tracta tant de determinar si aquestes poden ser objecte d'un contracte de serveis externs com que aquests contractes no oculten una relació laboral encoberta perquè l'empresa contractista es limita a posar a disposició de l'Administració uns mitjans personals que s'integren amb els d'aqueixa mateixa Administració i exercixen les seues funcions de manera anàloga o idèntica a com ho farien aquests.

L'article 43.2 de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, estableix que, *en tot cas, s'entén que s'incorre en la cessió il·legal de treballadors prevista en aquest article quan es produïska alguna de les circumstàncies següents: que l'objecte dels contractes de serveis entre les empreses es limite a una mera posada a disposició dels treballadors de l'empresa cedent a l'empresa cessionària, o que l'empresa cedent no tinga una activitat o una organització pròpia i estable, o no dispose dels mitjans necessaris per al desenvolupament de la seua activitat, o no exercisca les funcions inherents a la seua condició d'empresari.*

Aquesta qüestió va ser analitzada per aquesta junta en l'Informe 7/2016, de 30 de novembre de 2016, davant d'una consulta formulada per l'Ajuntament de Torrevieja que té analogia amb aquesta, si bé aquell cas tenia una dificultat addicional que no té la consulta actual, ja que no es tractava de serveis complementaris per al funcionament de l'Administració, com succeeix ara en la consulta de la Diputació, sinó de serveis d'atenció directa a usuaris de serveis públics de competència i titularitat de l'Ajuntament esmentat. Per això, evitar incórrer en una cessió il·legal de

treballadors hauria de ser més fàcil en el cas plantejat per la Diputació que en aquell altre i les consideracions d'aquell informe continuen tenint plena validesa i han de reiterar-se:

«(...) la Secretaria d'Estat d'Administracions Públiques i la de Pressupostos i Despeses del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques van dictar, el 28 de desembre de 2012, unes "instruccions sobre bones pràctiques per a la gestió de contractacions de serveis i encàrrecs de gestió a fi d'evitar incórrer en casos de cessió il·legal de treballadors", amb les quals es responia a la Resolució de 27 d'octubre de 2010, de la Comissió Mixta de les Corts Generals, adoptada després de la moció del Tribunal de Comptes, per la qual s'instava les administracions públiques a evitar i impedir la cessió il·legal de treballadors per la via d'aquestes contractacions, tenint en compte, a més, que aquesta cessió il·legal pot acabar, per efecte de resolució judicial, en un accés dels treballadors afectats a la funció pública amb menyscabament dels principis igualtat, mèrit i capacitat establits en la Constitució.

Prèviament, la disposició addicional primera del Reial decret llei 20/2012, (...) havia establert per a tot el sector públic l'obligació d'establir criteris o regles en forma d'instruccions per a la "correcta execució" dels serveis contractats, en els termes següents:

Disposició addicional primera. Mesures en relació amb els treballadors de les empreses de serveis contractades per l'Administració.

Els ens, organismes i entitats que formen part del sector públic d'acord amb l'article 3.1 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, dictaran en els respectius àmbits de competències les instruccions pertinents per a la correcta execució dels serveis externs que hagueren contractat, de manera que quede aclarida la relació entre els gestors de l'Administració i el personal de l'empresa contractada, i evitar, en tot cas, actes que pogueren considerar-se com a determinants per al reconeixement d'una relació laboral, sense perjudici de les facultats que la legislació de contractes del sector públic reconeix a l'òrgan de contractació amb vista a l'execució dels contractes. Amb aquest fi, els esmentats ens, organismes i entitats dictaran, abans del 31 de desembre de 2012, les instruccions pertinents per a evitar actuacions que pogueren considerar-se com a determinants per al reconeixement d'una relació laboral.

(...)

En les mencionades instruccions dictades pels òrgans competents de l'Administració general de l'Estat, al text de les quals ens remetem ja que les considerem aplicables per al conjunt del sector públic i, si no hi ha norma pròpia, per a qualsevol Administració pública, s'estableixen, entre altres mesures per a les fases posteriors a l'adjudicació del contracte, els principis següents a què de manera resumida ha d'ajustar-se la contractació de serveis externs:

1. Ha d'evitar-se la contractació de serveis externs per a suplir la carència de mitjans personals quan es tracte de fer front a necessitats permanents de personal relacionades amb l'exercici de les competències atribuïdes a l'entitat.
2. En els plecs de prescripcions tècniques i de clàusules administratives particulars han de determinar-se amb precisió les prestacions objecte del contracte i delimitar-se de l'activitat



realitzada per l'entitat contractant amb el seu personal.

3. Els responsables de la gestió dels serveis per als quals es recorre a la contractació externa hauran d'abstindre's d'exercir cap funció de direcció sobre els treballadors de l'empresa contractista, la qual correspondrà en tot cas a l'empresari, sense perjudici de les facultats de l'òrgan de contractació."

En el cas sotmés a consulta, de la descripció dels treballs que serien objecte del contracte de serveis i de la reiteració per segona vegada, es dedueix que sí que sembla que la contractació pot estar motivada per una insuficiència de personal per a atendre les necessitats que es pretenen satisfer amb el contracte, però com que es tracta de la implantació de noves funcionalitats del sistema d'informació desconeixem si aquesta contractació respon a necessitats *permanents* de personal o només a necessitats *temporals* mentre aquestes s'implementen, encara que això pugui requerir un o més anys. D'altra banda, es tracta de serveis d'assistència tècnica al Servei de Gestió, Inspecció i Recaptació de la Diputació, complementaris per al seu funcionament, que no impliquen exercici d'autoritat i no han de substituir el personal de la Diputació en l'exercici de les competències que aquesta té atribuïdes en matèria d'assistència a la gestió de la recaptació tributària dels municipis de la província. Correspon a l'òrgan de contractació assegurar-se del fet que això siga així.

Pel mateix motiu, també és necessari que els plecs de clàusules administratives i tècniques que regisquen la contractació determinen amb precisió les tasques tècniques que s'han de desenvolupar en execució del contracte, les singularitzen i eviten qualsevol confusió entre l'activitat del contractista i la del servei de la Diputació. En aqueix sentit, no seria acceptable repetir el que estableix la clàusula 5 del plec de prescripcions tècniques corresponent al contracte de l'any 2015 (document número 2 dels adjunts), relativa a les condicions d'execució del contracte, segons la qual es va preveure, juntament amb una restricció per a canviar els tècnics adscrits a l'execució del contracte excepte causes de força major que no s'especifiquen, l'assistència diària d'aquests tècnics al centre de treball del Servei de la Diputació per a desenvolupar el seu treball. Per tant, encara que en l'esborrany del plec per al nou contracte no s'estableix una prescripció en aquests termes, seria convenient que s'especifiquen que els treballs objecte del contracte han de ser desenvolupats pel contractista en els seus locals i dependències sense perjudici que els tècnics assistisquen al centre de la Diputació quan hagen d'efectuar tasques que necessàriament han d'efectuar-se en instal·lacions o equips d'aquell i durant el temps necessari per a això.

En les instruccions de l'Administració general de l'Estat esmentades es va incloure com a annex el model de clàusula a incloure en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes de serveis dirigida a assegurar la viabilitat de la contractació de serveis externs i la conformitat amb la legislació laboral. El contingut d'aquest model, al qual s'hauria d'ajustar la Diputació i adaptar-la al cas que ens ocupa, és el següent:

Clàusula <<NÚM.>>. Regles especials respecte del personal laboral de l'empresa contractista:

1. Correspon exclusivament a l'empresa contractista la selecció del personal que tinga els requisits de titulació i experiència exigits en els plecs [en els casos en què s'establisquen requisits específics

de titulació i experiència] i que forme part de l'equip de treball adscrit a l'execució del contracte, sense perjudici de la verificació per part de "l'entitat contractant" del compliment d'aquells requisits.

L'empresa contractista procurarà que hi haja estabilitat en l'equip de treball, i que les variacions en la seua composició siguen puntuals i obeïsquen a raons justificades, amb vista a no alterar el bon funcionament del servei [quan hi haja raons que justifiquen aquesta exigència], i informarà, en tot moment, l'"entitat contractant".

2. L'empresa contractista assumeix l'obligació d'exercir de manera real, efectiva i contínua, sobre el personal integrant de l'equip de treball encarregat de l'execució del contracte, el poder de direcció inherent a tot empresari. En particular, assumirà la negociació i el pagament dels salaris, la concessió de permisos, llicències i vacances, les substitucions dels treballadors en casos de baixa o absència, les obligacions legals en matèria de Seguretat Social, incloent-hi l'abonament de cotitzacions i el pagament de prestacions, quan siga procedent, les obligacions legals en matèria de prevenció de riscos laborals, l'exercici de la potestat disciplinària, així com els drets i obligacions que es deriven de la relació contractual entre empleat i ocupador.

3. L'empresa contractista vetlarà especialment perquè els treballadors adscrits a l'execució del contracte desenvolupen la seua activitat sense extralimitar-se en les funcions exercides respecte de l'activitat delimitada en els plecs com a objecte del contracte.

4. L'empresa contractista estarà obligada a executar el contracte en les seues dependències o instal·lacions llevat que, excepcionalment, siga autoritzada a prestar els seus serveis en les dependències dels ens, organismes i entitats que formen part del sector públic. En aquest cas, el personal de l'empresa contractista ocuparà espais de treball diferenciats dels que ocupen els empleats públics. Correspon també a l'empresa contractista vetlar pel compliment d'aquesta obligació. En el plec s'haurà de fer constar motivadament la necessitat que, per a l'execució del contracte, els serveis es presten en les dependències dels departaments, agències, ens, organismes i entitats que formen part del sector públic.

5. L'empresa contractista haurà de designar almenys un coordinador tècnic o responsable [segons les característiques del servei externalitzat poden establir-se distints sistemes d'organització en aquest punt], integrat en la seua pròpia plantilla, que tindrà entre les seues obligacions les següents:

a) Actuar com a interlocutor de l'empresa contractista davant de l'"entitat contractant", i canalitzar la comunicació entre l'empresa contractista i el personal integrant de l'equip de treball adscrit al contracte, d'una banda, i "l'entitat contractant", d'una altra banda, en tot el que faça referència a les qüestions derivades de l'execució del contracte.

b) Distribuir el treball entre el personal encarregat de l'execució del contracte, i impartir a aquests treballadors les ordres i les instruccions de treball que siguen necessàries en relació amb la prestació del servei contractat.



c) *Supervisar el correcte exercici per part del personal integrant de l'equip de treball de les funcions que tenen encarregades, així com controlar l'assistència d'aquest personal al lloc de treball.»*

CONCLUSIÓ

1. La prestació de serveis tècnics per a la implantació i desenvolupament de noves funcionalitats i eines informàtiques, com els especificats en la consulta objecte d'aquest informe perquè l'utilitze el Servei de Gestió, Inspecció i Recaptació de la Diputació de Castelló, pot ser objecte d'un contracte típic de serveis al qual fa referència l'article 10 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, sempre que no impliquen exercici de l'autoritat ni comporten cessió il·legal de treballadors.

2. Per a no incórrer en cessió il·legal de treballadors, si no hi ha instruccions pròpies adoptades en compliment del que disposa la disposició addicional primera del Reial decret llei 20/2012, de 13 de juliol, la Diputació ha d'ajustar-se a les *instruccions sobre bones pràctiques per a la gestió de contractacions de serveis i encàrrecs de gestió a fi d'evitar incórrer en casos de cessió il·legal de treballadors*, dictades per la Secretaria d'Estat d'Administracions Públiques i la de Pressupostos i Despeses del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, el 28 de desembre de 2012, i establir en els plecs de clàusules d'administratives particulars i de prescripcions tècniques les necessàries per a assegurar l'adequació de la contractació a la normativa laboral.

Aquest informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió i ajustar-se o apartar-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1.ª
Ordre d'11 de juny de 2001
DOGV 17.07.2001)

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
amb data 12 d'abril de 2017

VICEPRESIDENTA