

## **¿Pueden adjudicarse contratos menores de servicios para suplir una baja de personal laboral municipal?**

### **Planteamiento**

En esta entidad local hay una plaza vacante de personal laboral fijo “operario de servicios múltiples”, con la categoría de peón, desde diciembre de 2020 debido al reconocimiento por el INSS de la incapacidad permanente en grado total. Hasta la fecha no se convocó ningún proceso selectivo para cubrir esa plaza ni hay previsión de que se vaya a convocar de forma inminente.

Por este motivo, en los últimos años se están realizando contratos menores (duración 5 - 6 meses) de servicios de limpieza y desbroce de vías públicas, justificando la insuficiencia de medios de los que dispone esta entidad para llevar a cabo esas funciones. Esa justificación se basa en que una plaza está vacante y en la época de mayor necesidad de estos trabajos otros de los operarios se encuentran disfrutando de sus vacaciones.

¿Se pueden seguir formalizando contratos menores para llevar a cabo estos servicios cuando no se convoca el proceso selectivo correspondiente para sustituir a un trabajador que realizaba esas funciones? ¿Se vulneraría lo dispuesto en el art. 308.2 LCSP 2017?

### **Respuesta**

En primer lugar, y como venimos indicando en esta editorial, no cabe proceder a la adjudicación de un contrato administrativo de servicios con el fin de externalizar funciones que son propias de funcionarios municipales o empleados municipales sujetos al régimen laboral, cuando son funciones recurrentes y permanentes en el tiempo.

En ese sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP 2017-, nos define en su art. 17 el contrato administrativo de servicios como aquél cuyo objeto es una prestación o 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.

El mencionado artículo, además, matiza que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Al hilo de dicho argumento, el art. 28 LCSP 2017, en relación con el art. 116.4.g) LCSP 2017, exige no sólo justificar por qué se acude a un contrato administrativo para suplir una necesidad de la Administración que no puede ser conseguida con medios propios humanos y materiales, sino, además, se exige que se acredite la insuficiencia de medios humanos propios para satisfacer dicha necesidad.

En relación a dicha previsión, y como inciso fundamental para poder comprender el análisis de la presente cuestión, el art. 308.2 LCSP 2017 señala de forma expresa que, 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.

De la misma manera, el art. 308.2 LCSP 2017 también prevé que, 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 de forma que, 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.

En ese sentido, debemos tener en cuenta, a su vez, que la jurisprudencia es clara, por cuanto la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 16 febrero 2007 concluía que el contrato de servicios es de resultado, nunca de actividad, esto es, la contratación administrativa de servicios queda relegada para casos puntuales, en los que sea precisa la obtención de un resultado, nunca una actividad continuada, y siempre que no encubra una relación estatutaria o laboral.

Por tanto, para que una Administración pueda acudir a la contratación administrativa para requerir los servicios de un profesional como el que nos ocupa, vemos que dicha prestación, en primer lugar, nunca puede encubrir una relación estatutaria, que la actividad a realizar sea con carácter de resultado, puntual, y, en segundo lugar, que dicha prestación no implique el ejercicio de potestad de autoridad.

Por otro lado, la Sentencia del TSJ Comunidad Valenciana de 12 de enero de 2010 ayuda a establecer una serie de pautas para discernir si estamos ante una posible relación estatutaria encubierta o no:

- *"La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, nos conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, que entendió que no se podía calificar como laboral la relación que mantuvo el Ayuntamiento codemandado con el Sr. Candido en su condición de aparejador/arquitecto técnico, de acuerdo, además, con la doctrina que ha mantenido esta Sala de lo Social en supuestos semejantes como, por ejemplo, en las sentencias de 17 de febrero de 2005 (recurso 3417/2004), 18 de abril de 2008 (recurso 2411/2008) y 7 de mayo de 2009 (recurso 519/2009). Señaladamente en la primera de las sentencias citadas se niega el carácter laboral de la relación que mantenía un arquitecto con una corporación municipal en base a las siguientes razones: a) porque no había una dedicación completa del arquitecto a la Corporación municipal, como también ocurre en el presente caso en que la prestación de servicios sólo se desarrollaba durante dos horas a la semana; b) porque no había exclusividad en la prestación de servicios, como tampoco la hay en el presente supuesto en que el Sr Candido incluso podría realizar otros servicios como aparejador para el mismo Ayuntamiento; c) porque si bien el actor percibía una cantidad fija, esta se facturaba como una retribución mercantil. Constando, al igual que también ocurre aquí, que el citado profesional obtenía del Ayuntamiento diversas cantidades en concepto de minutas profesionales por trabajos que realizaba en su gabinete profesional. Además, en el supuesto que ahora se examina eran tres las entidades obligadas a abonar la retribución del Sr. Candido (el Ayuntamiento, la Diputación provincial y el Colegio Oficial), lo que podría desvirtuar el concepto de ajenidad propio de toda relación laboral, salvo que se imputara a esos tres organismos la condición de empleadores, lo que no es el caso pues la demanda de oficio sólo se dirigió frente a uno de ellos; y d) porque a diferencia del supuesto contemplado en la*

*sentencia de 17 de diciembre de 2005 en que era la Corporación municipal la que fijaba las vacaciones del actor al igual que la de los restantes miembros del servicios técnico municipal, aquí no hay ningún indicio de que el codemandado realizara su actividad bajo las directrices del Ayuntamiento, o, lo que es lo mismo, que el Sr. Candido quedara sometido a los criterios organizativos que el Ayuntamiento tenía fijados para el resto del personal que presta servicios por cuenta y dependencia de él. De modo, que no hay rastro alguno de que al citado codemandado se le fijaran por el Ayuntamiento sus periodos de vacaciones o su régimen de permisos y licencias, o que quedara sometido al régimen disciplinario de los de empleados públicos que prestaban servicios en la Corporación municipal"*

Por tanto, si hay una serie de requisitos tales como exclusividad, un horario periódico en las instalaciones municipales, dependencia jerárquica en la Administración, por ejemplo, el interesado estaría llevando a cabo tareas propias de una relación estatutaria.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que no cabe la externalización de potestades administrativas, tal y como señala la Sentencia del TS de 14 de septiembre de 2020, o la Sentencia del TS de 7 octubre de 2020, cuya lectura recomendamos.

Dichas sentencias inciden en que la tramitación de los procedimientos sancionadores (previsión extrapolable a cualquier procedimiento administrativo) incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales (FJ 3), lo que conlleva, pues, que tampoco quepa externalizar dichas tareas a través de contratos de servicios.

Así pues, en el caso que nos ocupa queda patente que la celebración de los contratos menores objeto de consulta son contratos realizados en fraude de ley, por cuanto su finalidad surge cuando el personal municipal que realiza dichas tareas cae de baja, cuando el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para suplir las bajas de personal laboral y funcionario. Por tanto, si se reconoce expresamente en el informe del órgano de contratación que el hecho de acudir a dichos contratos administrativos se da para suplir al personal laboral que está de baja, pone de manifiesto que se realiza para suplir dicha necesidad de personal.

En todo caso, insistimos, el art. 308.2 LCSP 2017 es claro al determinar que no cabe acudir a la figura del contrato de servicios, aun cuando sea en la modalidad de contrato menor, para suplir necesidades de personal.

## **Conclusiones**

**1ª.** El art. 308.2 LCSP 2017 es claro al determinar que no cabe acudir a la figura del contrato de servicios, aun cuando sea en la modalidad de contrato menor, para suplir necesidades de personal.

**2ª.** Para que una Administración pueda acudir a la contratación administrativa para requerir los servicios de un profesional como el que nos ocupa, vemos que dicha prestación, en primer lugar, nunca puede encubrir una relación estatutaria, que la actividad a realizar sea con carácter de

resultado, puntual, y, en segundo lugar, que dicha prestación no implique el ejercicio de potestad de autoridad.

**3ª.** Si hay una serie de requisitos tales como exclusividad, un horario periódico en las instalaciones municipales, dependencia jerárquica en la Administración, por ejemplo, el interesado estaría llevando a cabo tareas propias de una relación estatutaria.

**4ª.** Por ello, en el caso que nos ocupa queda patente que la celebración de los contratos menores objeto de consulta son contratos realizados en fraude de ley, por cuanto su finalidad surge cuando el personal municipal que realiza dichas tareas cae de baja, cuando el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para suplir las bajas de personal laboral y funcionario.