

Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios.

ANTECEDENTES

El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establece en el párrafo primero de su disposición adicional primera:

“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 lo 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.”

Con fecha de 27 de octubre de 2010, la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, aprueba una Resolución en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales. (BOE 18-1-2011).

De la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales cabe destacar las siguientes propuestas:

“Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con precisión las prestaciones a realizar, 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 su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

Que los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa se abstengan de realizar, durante la ejecución de los contratos, acto alguno que, conforme a la interpretación que viene realizándose en sede judicial, pueda conducir al reconocimiento de una situación de cesión ilegal,



con las consecuencias que se anudan a este reconocimiento. En especial, deberán respetar, durante dicha ejecución, el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas, señaladamente mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones, sobre el personal de la empresa contratada, 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”.

Por todo ello, esta Comisión Consultiva de Contratación Pública de acuerdo con las funciones atribuidas en el artículo 2.2 b) del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan su organización y funciones, ha adoptado la siguiente

RECOMENDACIÓN

En la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios que impliquen la contratación de personal se hacen las siguientes recomendaciones:

1.- Determinar con precisión las prestaciones objeto del contrato

Debe ponerse especial cuidado en identificar con claridad las prestaciones y actividades específicas que se pretenden contratar. No deben tener carácter difuso o ser actividades meramente accesorias difícilmente diferenciables de las actividades comunes de la Administración y no deben concebirse como contrataciones destinadas a integrar personal en los equipos de trabajo de personal propio, ni deben implicar, ni siquiera indirectamente, ejercicio de funciones reservadas por el Estatuto Básico del Empleado Público a los funcionarios públicos.

2.- Ejecución del contrato

La autonomía de las actividades contratadas respecto del conjunto de actividades que la Administración realiza debe ser concretada expresamente en los pliegos. A tal fin se establecen a continuación una serie de cláusulas modelo que, adaptadas convenientemente a la finalidad contractual, pueden servir de referencia.

2.1 Estudio organizativo del servicio:

Se recomienda solicitar en las ofertas, como documentación de evaluación de un criterio de adjudicación, que la empresa adjudicataria elabore un estudio organizativo del servicio que comprenda la metodología de los mismos y, de ser el caso, los manuales de procedimiento para la prestación del servicio. En este documento se describirán en particular las funciones del personal propio de la empresa y la forma de realizarlas.

Cláusulas modelo:

“La empresa aportará un estudio organizativo del servicio que comprenda la metodología de los trabajos y los manuales de procedimiento para la prestación del servicio. En este documento se describirá en particular las funciones del personal



propio de la empresa y la forma de realizarlas, y en especial del ejercicio por parte de la empresa de las potestades directivas de todo orden sobre su personal. El contrato se ejecutará con sujeción a sus cláusulas y de acuerdo con el estudio organizativo presentado por el contratista.”

2.2 Dirección y gestión del contrato

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben indicar expresamente que el contratista aporta su propia dirección y gestión del contrato, que dirige los medios organizativos que ponen a disposición del contrato y que asume el riesgo empresarial.

Cláusula modelo:

“El contratista aporta su propia dirección y gestión al contrato, siendo responsable de la organización del servicio, de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, en los términos del artículo 305.1 del TRLCSP.

La empresa contratista dispondrá, para la ejecución del contrato, de una estructura jerarquizada, que se precisará en el estudio organizativo del servicio, que se hará responsable de impartir a sus trabajadores las correspondientes órdenes, criterios de realización del trabajo y directrices de cómo distribuirlo.

Le corresponderán a la Administración los poderes de verificación y control de la contrata establecidos en el TRLCSP, absteniéndose para ello de ejercer función alguna de control, dirección u organización del personal de la empresa contratista.”

2.3. Supuestos de presencia necesaria en las dependencias administrativas

En relación con el lugar de trabajo, y siempre que no sea imprescindible por el objeto del contrato a ejecutar, se debe procurar que los trabajos asociados al contrato se realicen desde las instalaciones del contratista.

a) En caso de que sea necesaria su presencia en las dependencias administrativas se recomienda la redacción de una cláusula delimitando el objeto a conseguir y/o las actuaciones y prestaciones concretas que habrán de ejecutar:

Cláusula modelo:

Los trabajos se realizarán en las oficinas del adjudicatario, salvo que excepcionalmente y por el tiempo mínimo imprescindible, fuera necesario realizar actuaciones puntuales en las dependencias de la Administración por razón de consulta o utilización de material o documentación obrante en esta.

b) Cuando sea necesario que parte del equipo de trabajo disponga de un local en las oficinas públicas, debe constar expresamente en los pliegos de contratación qué medios materiales corresponde aportar al contratista y qué medios aportará la Administración, indicándose la obligación de que el contratista dispondrá de un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños a los bienes públicos.



Además, en este supuesto, los pliegos deberán hacer mención expresa a la figura del Delegado/a del contratista que, designado/a por este y aceptado/a por el órgano de contratación, deberá tener capacidad suficiente para:

- ostentar la representación del contratista, cuando sea necesaria su actuación o presencia, así como en otros actos derivados del cumplimiento de los deberes contractuales,
- organizar la ejecución del servicio e interpretar y poner en práctica las órdenes recibidas de la dirección, colaborando con ella en la resolución de los problemas que surjan durante la ejecución del contrato,
- y dirigir y organizar la actividad del equipo de la empresa, marcando las órdenes, directrices y criterios de realización de los trabajos encomendados.

Cláusula modelo:

“La contrata dispondrá de un local en las oficinas de... para la realización del trabajo. La dotación de este local, la organización física de las instalaciones, sin perjuicio de las limitaciones que pueda imponer la Administración, y el acopio de medios materiales de este (mobiliario, material de oficina, material informático y de comunicaciones) corresponde a la contrata.

La empresa contratista dispondrá en este local de un delegado/a, que, bajo las directrices exclusivas de su empresa, dirigirá y organizará la actividad de los trabajadores de la empresa allí destacados, controlando, además, la ejecución del servicio.

Es responsabilidad de la empresa contratista facilitar a sus trabajadores los medios materiales necesarios para llevar a cabo su trabajo.

El contratista deberá concertar o acreditar que disponen de un seguro de responsabilidad civil que cubra todas sus posibles responsabilidades ante la Administración derivadas de la ejecución del contrato. Asimismo deberá constituir un seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños en los bienes públicos que se ocupen o que se utilicen.”

c) Los pliegos deberán recoger que el establecimiento de horarios y la gestión de licencias y permisos del equipo de trabajo son facultades del empleador, y por tanto competen exclusivamente al delegado/la del contratista.

Cláusula modelo

“Es responsabilidad de la empresa contratista y de sus delegados/as impartir todas las órdenes, criterios de realización del trabajo y directrices a sus trabajadores/as, siendo la Administración pública de todo ajena a estas relaciones laborales y absteniéndose, en todo caso, de incidir en las mismas. Corresponde asimismo a la empresa contratista, de forma exclusiva, la vigilancia del horario de trabajo de los trabajadores, las posibles licencias horarias o permisos o cualquiera otra manifestación de las facultades del empleador. No obstante, es responsabilidad exclusiva del contratista, en la forma establecida en los pliegos, asegurar que el servicio quede convenientemente cubierto.”

2.4. Responsable del contrato en contratos de servicios



En este tipo de contratos se recomienda la designación, al amparo del art. 52 del TRLCSP, de un responsable del contrato que, en nombre de la entidad administrativa, y con carácter general, supervisará la ejecución del contrato, adoptará las decisiones oportunas y dictará las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a ella, y, entre sus funciones se establecerá, expresamente, la supervisión de la ejecución del contrato comprobando que su realización se ajusta al establecido en los pliegos.

En concreto, se entiende conveniente atribuirle expresamente en los pliegos algunas de las siguientes funciones:

- a) Promover y convocar las reuniones que resulten necesarias al objeto de solucionar cualquier incidente en la ejecución del objeto del contrato en los términos que mejor convengan a los intereses públicos.
- b) Proponer al órgano de contratación la resolución de los incidentes surgidos en la ejecución del contrato, siguiendo el procedimiento establecido en el art. 97 del RGCAP.
- c) Proponer la imposición de penalidades.
- d) Proponer, de ser el caso, la prórroga del contrato.
- e) Proponer el ejercicio de las prerrogativas contenidas en el art. 210 y ss. del TRLCSP.
- f) Establecer las directrices oportunas en cada caso, pudiendo requerir al adjudicatario, en cualquier momento, la información que precise acerca del estado de ejecución del objeto del contrato, de los deberes del adjudicatario, y del cumplimiento de los plazos y actuaciones.
- g) Asistir a los actos de recepción y suscribir la/s acta/s de recepción (o documento que acredite la conformidad o disconformidad en el cumplimiento) y, de ser el caso, dar o no la conformidad a las facturas presentadas.
- h) Dirigir instrucciones al contratista siempre que no suponga una modificación del objeto del contrato ni se oponga a las disposiciones en vigor o a las derivadas de los pliegos y demás documentos contractuales.
- i) Inspeccionar y ser informado, cuando lo solicite, del proceso de realización o elaboración del servicio contratado.”

Cláusula modelo

“Deberes del contratista.

El contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares, observando fielmente lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, así como las instrucciones que, en su caso, haya dado el responsable del contrato designado por el órgano de contratación.

“De acuerdo con el artículo 52 del TRLCSP, el órgano de contratación designa como responsable del contrato a _____, a quien corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, así como



reforzar el control del cumplimiento de éste y agilizar la solución de los diversos incidentes que puedan surgir durante su ejecución, sin que en ningún caso estas facultades puedan implicar el ejercicio de potestades directivas u organizativas sobre el personal de la empresa contratista, y en particular: *(se relacionarán, en su caso, funciones concretas)*

El responsable del contrato velará por la idónea gestión contractual de modo que en su ejecución no se den situaciones que puedan propiciar la existencia de una cesión ilegal de trabajadores o dar lugar a la declaración de relaciones de laboralidad entre la Administración y el personal de la contrata. En concreto, velará especialmente porque:

-el contratista ejerza su propia dirección y gestión del contrato y sea responsable de la organización del servicio.

- la empresa contratista, a través de los delegados/as por ella designados, sea responsable de impartir a sus trabajadores/as las correspondientes órdenes, criterios de realización del trabajo y directrices de cómo distribuirlo, de tal manera que el órgano contratante sea ajeno a estas relaciones laborales.

El responsable del contrato deberá corregir cualquier incidente o desviación en la ejecución que pueda suponer infracción de las reglas mencionadas, así como dar inmediatamente parte al órgano de contratación de tal situación.”

“Abonos al contratista

El pago de la Administración se realizará al contratista contra factura, a expedir de acuerdo con la normativa vigente, debidamente conformada por el responsable del contrato.”

