



Expediente 112/18

Materia: Coexistencia de la gestión directa e indirecta de servicios por parte de la Administración.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Albacete ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Se plantea la presente consulta para clarificar la situación que se produce con la contratación de servicios que se gestionan de manera directa, pero que por diversas circunstancias se han ampliado actividades, hay que gestionar dependencias en horario de fines de semana o festivos o, en definitiva, se han abierto nuevos edificios y no se puede acometer la prestación de esos servicios con los funcionarios o personal laboral, es decir, con los recursos o medios personales propios y, en lugar de ampliar estos medios personales se optó en su día por recurrir a la gestión externa, a través de un contrato administrativo de servicios.

Resulta que todas estas prestaciones que en su día eran ocasionales se han convertido en actividades normales y tareas permanentes del Ente contratante y referidas a limpieza de edificios, monitores deportivos, conserjes de centros, etc., y, como hemos señalado en el apartado precedente, las mismas actividades se están gestionando de manera directa (recursos materiales y humanos del Ayuntamiento de Albacete, a través de las categorías profesionales correspondientes, que están habilitadas en las correspondientes plantillas y relación de puestos de trabajos) y, en su caso, cuando no se llega con los medios materiales propios, se mezcla la gestión, a través de una gestión externa, realizada a través de un contrato administrativo con empresas especializadas del sector.



Había algunos criterios que la doctrina y la jurisprudencia fijaba como límites separadores entre el contrato administrativo y la relación laboral. En este sentido se ha mantenido que los contratos administrativos no pueden celebrarse con personas físicas que desarrollen un trabajo dependiente e inserto en la estructura organizativa del Ente público contratante, así como que tampoco se podía recurrir al contrato administrativo cuando las actividades eran normales y permanentes del Ente contratante.

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en lo sucesivo LCSP, y a criterio del Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Albacete, está interpretando que la ley permite ambos tipos de gestiones (directa o indirecta), pero lo que no permite es que la misma actividad (limpieza, conserjería, etc.), en unas ocasiones se gestione con los recursos materiales y humanos propios (gestión directa) y, en otras ocasiones, por dificultades presupuestarias o por diversas circunstancias se gestionen de manera indirecta a través de un contrato administrativo de servicios con empresas especializadas del sector correspondiente.

En este sentido, la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), ha introducido algunas modificaciones que a continuación entramos a analizar.

Por un lado, contempla la externalización de los servicios como una excepción en la actuación administrativa. Así, su artículo 30.3 dispone:

La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título 11 del Libro 11 de la presente Ley.



Por otro lado y, por primera vez en la regulación de la contratación administrativa el apartado segundo del artículo 308 LCSP, es contundente en la prohibición de la contratación de personal a través de contratos administrativos, al señalar lo siguiente:

“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”.

Asimismo, es conveniente advertir lo dispuesto en el artículo 130, apartado 3º, de la LCSP, que establece que en el caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación de personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Considerando los antecedentes anteriores, y, dado el interés general que suscita esta cuestión, en tanto en cuanto afecta a todas las Administraciones Públicas, entendiéndola pertinencia de que se pronuncie en esta materia un órgano cualificado y especializado en materia de contratación administrativa, que sirva para aunar interpretaciones y tener una recomendación cualificada en esta materia, se plantea la cuestión siguiente, CUESTION

La Administración es libre de prestar los servicios a través de una gestión directa o indirecta, pero si decide gestionarlo de manera directa, a través de sus recursos personales (personal funcionario o laboral), si por cualquier circunstancia se amplían las actividades, se aperturan nuevos centros o dependencias y por distintas vicisitudes (apertura de centros de fines de semana, actividades que no puede atender el personal propio de la Administración por no estar cualificado, etc.), se podrían gestionar las mismas a través del contrato administrativo, teniendo en consideración, entonces, que la misma actividad sería objeto de dos maneras



diferentes de gestión (directa e indirecta) y ello, ¿no contravendría lo establecido en el apartado segundo del artículo 308 de la LCSP, en su primer inciso, en cuanto que establece por primera vez en una regulación de la contratación administrativa, que no se puede instrumentar la contratación de personal a través de un contrato administrativo?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta del Ayuntamiento de Albacete plantea si es posible en un mismo tipo de prestaciones propias de contratos de servicios que parte de ellas sea realizada de forma directa por la Administración y parte se haga a través de un contrato público.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 30.3 que 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. Esta regla, que obedece a una interpretación lógica del funcionamiento de la Administración Pública, es ratificada en la LCSP cuando exige, en el artículo 116.4 e) y f) que al expediente de contratación se justifiquen los siguientes extremos:

- La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes;
- Su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.
- En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

Es evidente que si la Administración puede acudir a la gestión directa de los servicios esta debe ser la forma que elija. Por eso debe incluir un informe sobre la carencia de medios suficientes para hacer frente a la prestación de un determinado servicio de su competencia, abriéndose entonces la posibilidad de gestión indirecta a través de un contrato público.

Del mismo modo 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, como ocurre en el caso descrito en la consulta, que concurren 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.

2. La segunda cuestión plantea si esta solución podría contravenir lo establecido en el artículo 308.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Este precepto 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.”

La finalidad de esta norma es evidente. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 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 actúen facultades que son propias del empleador en cualquiera de sus manifestaciones. Constituye una buena práctica, seguida por numerosos órganos de contratación, que se definan con gran precisión en el pliego las condiciones de la relación existente entre la Administración y el contratista, vedando la posibilidad de que se ejerciten por parte de la entidad pública contratante las potestades que sólo corresponden al empleador conforme a la legislación laboral.



A lo anterior cabe añadir que la existencia de esta prohibición no puede, sin embargo, impedir que se produzcan dos supuestos diferentes:

1. Que la Administración preste parte de los servicios de forma directa y otra parte de forma indirecta, supuesto que es el que acontece en el presente caso.
2. El caso previsto en el artículo 130.3 LCSP, esto es, que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico.

Ambos supuestos son diferentes. En el primero de los casos, que es al que se refiere la presente consulta, deben 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. Por tanto, no tiene por qué existir ninguna contravención de la norma legal por el mero hecho de que parte de los servicios los preste la propia entidad pública y parte se gestionen a través de uno o varios contratos de servicios.

En el caso del artículo 130 LCSP, señala la ley que la Administración vendrá obligada a la subrogación del personal que prestaba el servicio si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Esta norma procede de una enmienda de varios grupos parlamentarios y su justificación era *“aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las administraciones*



públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados.” Se trata de una imposición legal que, lógicamente, debe cumplirse, aunque lo cierto es que la norma no determina exactamente cuál es la naturaleza de esa subrogación que menciona. En cualquier caso, a los efectos del supuesto planteado en el presente informe lo que resulta evidente es que este supuesto no es el mismo que aquel por el que se nos consulta porque en él no se distingue la existencia de parte del servicio prestado por la propia Administración y parte a través de un contrato público, sino una prestación sucesiva en el tiempo por un contratista y por la Administración.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

1. La entidad pública contratante puede gestionar un servicio de modo directo y ello no obsta a que, si el servicio crece o se incrementa en su extensión y el ente carece de medios suficientes para prestarlo en su integridad, pueda también celebrar uno o varios contratos públicos en la parte no cubierta con los propios servicios de la entidad contratante.
2. Esta posibilidad no es contraria a lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, siempre que en los contratos que se celebren se respeten escrupulosamente las condiciones que marca el precepto.