

III. OTRAS DISPOSICIONES

CORTES GENERALES

935 *Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, 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.*

La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en su sesión del día 27 de octubre de 2010, a la vista del Informe remitido por ese Alto Tribunal acerca de 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, acuerda:

Instar a las Administraciones Públicas a:

1. Instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración, para ejercer competencias que tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.
2. Que a través del Diálogo Social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a 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 que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.
3. Que por los órganos directivos de la función pública se continúen valorando todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que se garantice que cualquier incremento de efectivos se haga con base en estudios precisos que acrediten la necesidad y oportunidad de dicha ampliación, y que para evitar incrementos de personal se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra.
4. 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 la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, 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.
5. Que, de acuerdo a los respectivos ámbitos de competencias, se dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados por aquéllas, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con 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.

6. Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de posibles irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, no sea considerada en ningún caso una adscripción definitiva al puesto de trabajo, sino que desembogue, conforme contempla la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la reciente Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración.

7. Que en caso de incumplimiento de la normativa vigente, se delimiten y exijan las responsabilidades que en cada caso procedan.

Palacio del Congreso de los Diputados, 27 de octubre de 2010.—La Presidenta de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, María Isabel Pozuelo Meño.—El Secretario de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, José Luis Ábalos Meco.

MOCIÓN A LAS CORTES GENERALES 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 CONTRATANTE EN VIRTUD DE SENTENCIAS JUDICIALES

El Pleno del Tribunal de Cuentas, en ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 12 y 14 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (LOTCu), y 27 y 28 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de este Tribunal (LFTCu), ha aprobado en su sesión del día 26 de febrero de 2009 la siguiente

MOCIÓN

proponiendo las medidas conducentes a evitar el riesgo de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por los organismos públicos, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales, al margen de los procedimientos públicos de selección de personal legalmente establecidos.

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA MOCIÓN

El artículo 28.6 LFTCu establece que el Tribunal de Cuentas elevará a las Cortes Generales cuantas Mociones considere convenientes, proponiendo las medidas a su juicio conducentes a la mejora de la gestión económico-financiera del sector público, a la vista de los Informes y del resultado de los procedimientos de fiscalización de que hubiere conocido. Pues bien, en las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo en los últimos años se han puesto de manifiesto ciertas prácticas, que se exponen en el apartado siguiente, las cuales, a juicio de este Tribunal, deben ser atajadas a la mayor brevedad, por cuanto de las mismas pueden derivarse distorsiones en la selección del personal al servicio de la Administración y en la correcta gestión contractual de los servicios públicos.

A la vista de la situación, el Tribunal de Cuentas estima que ha llegado el momento de elevar una Moción a las Cortes Generales, proponiendo los cauces y medidas que deben adoptarse para una correcta gestión pública, de conformidad con los principios constitucio-

nales que rigen en el acceso del personal a la Administración y de los aplicables en la contratación pública.

II. RESULTADOS DE LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA EN RELACIÓN CON EL OBJETO DE LA MOCIÓN

En el desarrollo de las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Cuentas en diversos organismos dependientes de la Administración General del Estado, se ha puesto de manifiesto que, en ocasiones, la contratación de empresas para la realización de trabajos o servicios ha dado lugar a demandas de su personal, que han obtenido sentencias judiciales, en cuya virtud han adquirido la condición de trabajadores de los correspondientes organismos. En otras ocasiones, aun cuando no han llegado a plantearse reclamaciones judiciales, la situación de riesgo ha existido y, por tanto, deben adoptarse también las oportunas medidas para evitarlo. Las situaciones más significativas de entre las detectadas son las que se detallan seguidamente.

1. En el Informe de fiscalización de la Oficina Española de Patentes y Marcas, ejercicio 2002, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 14 de julio de 2005, se constató que en dicho ejercicio se produjo la incorporación al organismo de ochenta y dos trabajadores y de otros veinte en el año 2003, como consecuencia del cumplimiento y ejecución de diversas sentencias judiciales, cuyo fundamento de derecho se basó en la «cesión ilegal de trabajadores», según se contempla en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Las ciento dos personas incorporadas habían trabajado para el organismo como empleados de las empresas con las que aquél había suscrito, desde el año 1996, sucesivos contratos administrativos de servicios.

En el informe de fiscalización se hizo constar que, desde varios años atrás, el organismo venía advirtiendo en escritos dirigidos a la Secretaría de Estado para la Administración Pública (año 1997) y a la Dirección General de la Función Pública (años 1999 y 2000) sobre la necesidad de contar con personal para la realización de funciones para las que existía un déficit de recursos humanos. El problema no resuelto de falta de medios se abordó mediante la adjudicación de contratos administrativos de consultoría y asistencia y de servicios, desde el año 1996 hasta el año 2002, cuyo objeto era el de «tratamiento de expedientes, trabajos informáticos, movimiento de mobiliario y documentación, etc.». Es decir, la falta de personal se suplió con la contratación externa de empresas de servicios, en lugar de recurrirse a una ampliación de la Relación de Puestos de Trabajo y a la subsiguiente selección de personal, mediante convocatoria pública y a través del

sistema de concurso, oposición o concurso-oposición previsto legalmente.

2. Una situación análoga se puso de manifiesto en el Informe de fiscalización del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), ejercicio 2004 aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 17 de enero de 2008. El citado organismo suscribió un contrato de servicios de grabación de datos, que fue objeto de sucesivas prórrogas. En 2005, diecinueve personas, que en ese año estaban prestando los servicios de grabación contratados, interpusieron demandas ante los Juzgados de lo Social de Madrid, en unos casos en reclamación de derechos y cantidades y, en otros, como consecuencia de despidos. La argumentación común de todas las demandas se fundamentó en que las características de su trabajo en el FEGA, que había comenzado entre los años 1999 y 2004, respondían al supuesto de cesión ilegal de trabajadores previsto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, al amparo de dicho artículo, solicitaban ser considerados trabajadores del FEGA desde la fecha en que iniciaron su trabajo en el organismo, con todos los derechos inherentes a tal condición. Las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social estimaron las pretensiones de los trabajadores y fueron confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los recursos de suplicación interpuestos por el FEGA.

3. En el «Informe de fiscalización de los gastos aplicados por determinados Ministerios y Organismos Autónomos a los subconceptos presupuestarios publicidad y propaganda, estudios y trabajos técnicos, trabajos realizados por otras empresas y profesionales en el exterior y otros», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 26 de septiembre de 2007, se constató la existencia de contratos, a veces prorrogables y de hecho prorrogados, para externalizar diversas actividades jurídico-administrativas y económicas por parte de las Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Tajo, poniéndose de manifiesto el riesgo de que los Tribunales apreciaran la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

4. También en el ámbito de la Seguridad Social se han advertido situaciones similares a las descritas, según se ha puesto de manifiesto en diversos informes de fiscalización, si bien no consta que hayan desembocado en demandas laborales.

En efecto, en el «Informe de la fiscalización especial sobre la contratación para la adquisición, arrendamiento, gestión de la instalación y puesta en funcionamiento de equipamiento y sistemas informáticos, así como de consultoría y asistencia y de servicios en materia informática, por la Seguridad Social, durante el período de 1994 al primer semestre de 1998», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 30 de noviembre de 2000, se señaló que la insuficiente estructura de personal propio, con cualificación informática, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del entonces Instituto Nacional de la Salud y de la Tesorería

General de la Seguridad Social había favorecido la generalización del recurso a contratos de consultoría y asistencia y de servicios, que encubrían, en ocasiones, auténticas contrataciones de personal, sin que tales asistencias tuvieran relación, en su ejecución real, con proyectos informáticos concretos. Se trataba, en definitiva, de contrataciones de personal, efectuadas al margen de la legislación laboral y de la legislación administrativa, para el cumplimiento de las funciones generales propias de las entidades. Además, el personal puesto a disposición de éstas por las empresas contratistas fue asignado frecuentemente por ellas a la realización de cometidos distintos de los que constituyeron el estricto objeto de los contratos de consultoría y asistencia y de servicios. Por añadidura, los costes del personal ajeno eran, en este caso, significativamente superiores a los del personal propio.

La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, a la vista del Informe, recomendó a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Sanidad y Consumo incrementar sus plantillas de personal con cualificación informática y limitar la contratación externa (Acuerdo de fecha 29 de octubre de 2002).

La denuncia de la situación puesta de manifiesto en el Informe citado se reiteró en parecidos términos en otras actuaciones fiscalizadoras posteriores, como en el «Informe de la fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2004 por las Entidades del Sector Público Estatal sometidas a los procedimientos de contratación establecidos en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 21 de diciembre de 2006, y en el «Informe de fiscalización sobre la contratación celebrada por el desarrollo, implantación y mantenimiento, en el ámbito de la Seguridad Social, de la Administración electrónica como nueva modalidad de prestación de servicios y de relación con los ciudadanos tanto a través de Internet como de otras plataformas de comunicación», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 27 de octubre de 2005.

5. Por último, por su clara relación con los hechos referidos, se ha de recordar que en los sucesivos informes de la fiscalización de la contratación celebrada por las entidades del sector público estatal sometidas a los procedimientos de contratación establecidos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas se ha venido reiterando la falta de una adecuada justificación de la insuficiencia, no adecuación o conveniencia de no ampliación de los medios profesionales o materiales de la Administración, que hagan necesaria la celebración de contratos de consultoría y asistencia y de servicios. En esta línea, en el Informe de Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2002 por las entidades del sector público estatal, aprobado por el Pleno de este Tribunal con fecha 25 de

enero de 2005, se contenía la siguiente recomendación:

«Se debería velar por una adecuada calificación de los contratos de consultoría y asistencia técnica y de servicios, lo que facilitaría la identificación de los requisitos en cada caso legalmente exigibles. Por otra parte, la celebración de estos contratos debería restringirse a los supuestos de carencia de medios para atender las necesidades que se pretende satisfacer con los mismos.»

6. Los hechos anteriores u otros similares no son desconocidos de la Administración. En informes de control financiero de las intervenciones se ha señalado la no exigencia de responsabilidad y el escaso control ejercido sobre los contratos de servicios, y por la Abogacía General del Estado se aprobó una circular (Circular laboral 2/2007) en la que se analizan ampliamente las implicaciones jurídicas y las consecuencias de la declaración de cesión ilegal de trabajadores así como la jurisprudencia social sobre el problema. Pese a ello no se han aplicado por los órganos competentes medidas eficaces para acabar con la situación.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACIÓN DESCRITA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SOLUCIONES APORTADAS POR LA JURISPRUDENCIA

1. Dispone la Constitución Española, en su artículo 103.2, que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. De conformidad con dicha exigencia constitucional, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su artículo 19.1, vigente en el tiempo en que ocurrieron los hechos relatados en el apartado anterior, establecía que «las Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad».

La actual Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 55, se hace eco igualmente de los citados principios constitucionales, reconociendo al efecto el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a cuyo efecto las Administraciones Públicas, así como, en general, las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de dicha norma legal, deben seleccionar a su personal, tanto funcionario, como laboral, mediante procedimientos en los que se garanticen los expresados principios, así como, entre otros, los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

2. Por su parte, el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción vigente en la época en que se llevaron a cabo las actuaciones fiscalizadoras antes citadas, tras reservar a las empresas de trabajo temporal la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa y después de declarar la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario que infringieran lo anterior, reconocía, en su apartado 3, el derecho de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria. Este derecho se reitera en idénticos términos, si bien en el apartado 4 del mismo artículo, en la redacción vigente desde el 31 de diciembre de 2006, donde se incluye asimismo un nuevo apartado, en el que se describen las circunstancias que darán lugar, en todo caso, a la existencia de una cesión ilegal.

3. Así las cosas, la discordancia entre el ordenamiento administrativo y el ordenamiento laboral resulta patente. En efecto, a tenor de lo previsto en este último, la cesión ilegal de trabajadores, cuando la Administración ocupa la posición de cesionaria, podría dar lugar a la adquisición, por el trabajador sometido al tráfico prohibido, de la condición de fijo. Sin embargo, la aplicación de este precepto daría lugar a un resultado prohibido por el ordenamiento administrativo, al vulnerar las previsiones sobre el acceso al empleo público, que está sometido a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Este conflicto tiene sus raíces en las distintas finalidades e intereses que persiguen y protegen ambos ordenamientos y que, en definitiva, determinan sus orientaciones respectivas. Así, el ordenamiento laboral sigue respondiendo a su tradicional carácter tuitivo de los intereses del trabajador, que le lleva a establecer una serie de garantías para su protección. Por su parte, el ordenamiento administrativo se orienta primordialmente a satisfacer los intereses generales y garantizar la posición jurídica del ciudadano, en cuanto tal. Esta orientación diferente explica que puedan producirse contraposiciones entre ambos ordenamientos en algunos aspectos y justifica que la Administración Pública, aun estando sometida también a las normas laborales, pueda quedar en una situación diferente de la del empresario privado respecto de la aplicación de aquéllas, por imperativo de las exigencias derivadas de las normas administrativas.

Esta posición singular de la Administración, en el caso concreto de la contratación de personal laboral, ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, al declarar, en su Auto de 858/1988, de 4 de julio (fundamento jurídico segundo), que «es evidente que la contratación de personal laboral para la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de

diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración».

Partiendo, en consecuencia, de la existencia de una contradicción, aparentemente inconciliable, entre las normas administrativas y las normas laborales, se hace necesario resolverla mediante una interpretación integradora de ambas, y así lo han hecho los Tribunales de Justicia, sentando una jurisprudencia, que hoy puede considerarse consolidada en sus rasgos fundamentales, a la que nos referimos seguidamente.

4. El supuesto de cesión ilegal de trabajadores, contemplado en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, y sus consecuencias, cuando el cesionario es una Administración Pública, ha sido, en efecto, analizado en diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

Pues bien, al examinar estos casos, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aplica al supuesto de cesión ilegal de trabajadores la doctrina consolidada sobre supuestos de contratación ilegal, efectuada al pretendido amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, de quienes no se hallaban en las situaciones en las que este precepto permite la contratación temporal. Esta identidad de respuesta jurídica entre los supuestos de contratación temporal y de cesión ilegal de trabajadores viene a resolver el problema sobre la naturaleza del vínculo entre el trabajador y la Administración Pública, cuando el ingreso en ella se produce por vías diferentes de las recogidas como válidas en el entonces vigente artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, con incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14, 23.3 y 103.3 de la Constitución Española, de los que se deriva la exigencia de que el acceso a los cargos y funciones públicas se acomode a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En relación con la doctrina que se declara aplicable, puede indicarse que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había seguido una línea hermenéutica, cuya evolución se resume del siguiente modo en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de 20 de enero de 1998:

«Una primera línea doctrinal valoró la especial posición de las Administraciones Públicas en la contratación laboral de carácter temporal para concluir que como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados “las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido”, que debe proveerse de acuerdo con los principios

de publicidad y mérito (Sentencia de 27 noviembre 1989 y las que en ella se citan). Este criterio se aclara posteriormente por las Sentencias de 7 febrero 1990, 24 abril 1990 y 18 julio 1990, en las que se precisa que la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 18 marzo 1991 la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de fijeza. Pero el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la Sentencia de 7 octubre 1996, en la que se establece que ‘la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.»

Tras resumir del modo que acaba de reproducirse la evolución jurisprudencial en la materia, la citada sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, expresa la diferencia entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla, señalando al respecto lo siguiente:

«El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.»

5. Así pues, como consecuencia de la remisión que las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo efectúan a la doctrina recogida en la sentencia de 20 de enero de 1998, confirmada en la de 21 de enero de 1998, resulta que dicha doctrina, recaída en supuestos de irregularidad en la contratación temporal, es de aplicación, mutatis mutandis, al supuesto de cesión ilegal de trabajadores. En efecto, así se pronun-

cion, entre otras, las sentencias de 19 de junio de 2002, 17 de septiembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 27 de diciembre de 2002 y 28 de octubre de 2003. De este modo, cuando se produzca una cesión ilegal, las consecuencias no serán la adquisición, por parte del trabajador, de la situación de fijo, pero sí dará lugar a la consideración del contrato como indefinido, perdurando consiguientemente la relación laboral hasta que se proceda a cubrir la plaza en cuestión por los procedimientos que, acomodados a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, se contemplan en las normas que disciplinan el acceso al empleo público. Dicha cobertura ha de considerarse obligatoria para la Administración teniendo en cuenta las disposiciones que la regulan, como expresamente prevé la disposición adicional 15.^a del Estatuto de los Trabajadores en relación con la contratación temporal irregular.

6. A partir del examen de la doctrina jurisprudencial sobre hechos análogos a los puestos de manifiesto en esta Moción, queda patente, de una parte, que la situación es de mayor alcance que la que podría deducirse de los relacionados en el apartado II y, de otra, que su punto de partida es, en todos los casos, una actuación de la Administración no ajustada a la Ley. En realidad, lo que hacen las resoluciones judiciales es dar una respuesta ajustada a Derecho a una situación calificada de «cesión ilegal de trabajadores», es decir, no acomodada a la Ley. Bastaría esta consideración para concluir que la práctica denunciada debe ser desterrada. Ciertamente, reconducir a la legalidad la situación creada es importante desde la perspectiva de los intereses y derechos de los trabajadores afectados, y no otro es el efecto de sentencias como las citadas, pero ello no resuelve las brechas que se crean en diversos planos, y más concretamente en los de la gestión de personal y la gestión contractual, ni supone un refrendo de la actuación administrativa. En efecto, desde la perspectiva de la gestión de personal se desemboca en situaciones de incrementos de plantilla sin los correspondientes estudios sobre la necesidad y oportunidad que deben preceder a cualquier aumento de personal. Evidentemente, no es lo deseable que las relaciones de los puestos de trabajo (RPT) vengan predeterminadas o, cuando menos, condicionadas por decisiones judiciales, en lugar de ser fijadas por los órganos competentes de la Administración por los procedimientos legalmente establecidos. Tampoco el otorgar carácter de indefinido a contratos laborales por la vía judicial es una forma idónea de seleccionar al personal, incluso aunque no llegue a adquirir la condición de fijo.

Por tanto, la discordancia de los ordenamientos administrativo y laboral en el aspecto analizado conduce a que, con el fin de evitar los inconvenientes que para las Administraciones Públicas se derivan de la situación descrita, se instrumente la solución a través de la cobertura de los puestos de trabajo mediante los medios de provisión regulados en las normas adminis-

trativas, previa modificación de las RPT si ello fuera necesario.

7. Desde la otra perspectiva, la contractual, la situación es igualmente inadmisibles. Los contratos de consultoría, asistencia y de los servicios, regulados en el título IV del derogado Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (antecedente del contrato de servicios de la vigente Ley de Contratos del Sector Público —LCSP—) tienen un objeto y un contenido propio y utilizarlos en situaciones como las expuestas objetivamente constituye emplearlos en fines que no son los que con ellos persigue el ordenamiento jurídico. El riesgo de un empleo inadecuado de esta modalidad contractual no es desconocido del legislador. La LCSP expresamente establece 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 del ente, organismo o entidad del sector público contratante» (art. 277.4).

El riesgo puede situarse tanto en la fase de formación del contrato, sobre todo si no se definen correctamente las prestaciones en los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas particulares, como en la de ejecución si los responsables de los servicios no se ajustan a dichos pliegos o asumen funciones directivas sobre el personal de la empresa contratada, sin respetar el poder de dirección, que compete al empresario. De ambos tipos de riesgo y la forma de evitarlos se ocupó la Abogacía General del Estado en la citada Circular laboral 2/2007.

El remedio para situaciones de necesidad de contratar personal con carácter temporal no puede ser otro, si se quieren evitar los inconvenientes de dicha contratación, que el de recurrir a empresas de trabajo temporal, dentro de las limitaciones establecidas en la disposición adicional quinta de la LCSP (anteriormente art. 196 TRLCAP), si bien en la actualidad el recurso a estas empresas se encuentra vedado por la renuncia a su utilización, pactada en el vigente Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

IV. PROPUESTAS

En consideración a lo expuesto, este Tribunal de Cuentas formula las siguientes propuestas:

1.^a Que se evite, tanto por los órganos gestores de personal como por los responsables de la gestión de los servicios, el recurso a 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 que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.

2.^a Que por los órganos directivos de la función pública se valoren todas las circunstancias concurrentes en las solicitudes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo, de manera que para evitar incrementos de personal no se incurra en contratos que encubran una cesión ilegal de mano de obra.

3.^a Que el control del incremento de efectivos de la Administración se fundamente en análisis comparativos de las necesidades de los distintos servicios, a fin de que las restricciones se produzcan allí donde aquellos sean menores y no allí donde vengan exigidos por tareas cuya realización sea ineludible.

4.^a 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.

5.^a 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 inter-

pretación 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.

6.^a Que la cobertura de puestos de trabajo con carácter indefinido, como consecuencia de las irregularidades en la contratación y de las consiguientes sentencias, desemboque en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración.

7.^a Que en la aplicación de las medidas que se adopten, se delimiten las responsabilidades de los distintos órganos con intervención en los procedimientos, exigiéndose las que procedan en caso de incumplimiento.

Madrid, 26 de febrero de 2009.—El Presidente,
Manuel Núñez Pérez.