



ASUNTO: PERSONAL/PLANTILLA Y RPT

**Carácter indefinido de trabajador que fue contratado como autónomo para prestación de servicios hace más de seis años.**

040/15

EP

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito de fecha 17.03.14 y entrada en esta Institución Provincial el mismo día, del mismo mes y año, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de XX interesa informe sobre el asunto epigrafiado.

**II. LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Constitución Española (CE)
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)
- Ley 12/2007, de 12 de abril, Que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)



— Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF),

### III. FONDO DEL ASUNTO

PRIMERO.- La contratación administrativa de un profesional de la arquitectura, supuesto en el que nos encontramos, según manifestación verbal del Alcalde, se configuraría como contrato administrativo de servicios, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ( y hoy art. 10 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al definirlos como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. Por lo que la Ley de Contratos del Sector Público no deja margen a otras posibles actividades que puedan constituir el objeto del contrato de servicios, debiendo estar incluidas en la lista de categorías enumeradas en el Anexo II.

Entre las categorías que se contemplan en el referido Anexo II, se encuentra la categoría 12: «Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; Servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos».

De acuerdo con el artículo 22 del TRLCSP los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, 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, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. En la misma línea el artículo 109 del TRLCSP dispone que «La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se

---



iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley». Por tanto, será preciso un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato, justificando, si es posible, por qué resulta más aconsejable proceder a la contratación administrativa de un arquitecto que tramitar un procedimiento selectivo de cobertura de la plaza.

Como limitaciones Legales para este tipo de contratos nos encontramos con las siguientes:

1. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos según artículo 301 del TRLCSP.
2. Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquel, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente, artículo 279.1 LCSP (art. 303.1 TRLCSP)

Asimismo por mandato del artículo 172 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre todo expediente administrativo, una vez iniciado el procedimiento, deberá ser informado en sus aspectos Jurídico y técnico a fin de determinar la normativa aplicable, el procedimiento a seguir y su adecuación a los efectos de su resolución. El informe Jurídico se resuelve con el informe del Secretario en los términos del artículo 173 del ROF, mientras que el informe técnico comprendería su evacuación a los servicios técnicos correspondientes (arquitectos, ingenieros, arquitectos técnicos, etc.). Cuando el Ayuntamiento no cuenta con alguno de los servicios técnicos y Jurídicos reseñados, puede solicitar, el informe a los Servicios correspondientes de Asistencia a los Municipios de la Diputación Provincial previo a la resolución, pronunciándose sobre la conformidad de las solicitudes a la normativa urbanística y a las demás normas aplicables. Este informe es

---



preceptivo y no vinculante para el órgano que tenga que resolver, en definitiva, es propio de los funcionarios la tramitación e informe de los expedientes.

En definitiva, la emisión de los informes técnicos preceptivos en los expedientes no es compatible con estas contrataciones externas de servicios, se rebasaría el límite del artículo 301 del TRLCSP y, por el contrario, estaríamos encasillando la cuestión en la contemplada en el artículo 9.2. EBEP, en el que se establece que, en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos y, en ausencia de medios personales, lo procedente es que esta función asesora urbanística sea asumida por la Diputación Provincial.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que pueden contratarse los servicios de un arquitecto conforme al TRLCSP, para la realización de proyectos técnicos, estudios, planes, etc., todo ello con un objeto concreto y determinado, ahora bien, no para la realización de funciones habituales y permanentes, como sin duda lo son las de informar los expedientes con informes técnicos y que revelan una necesidad en la estructura Municipal de cubrir mediante personal propio, sujeto al estatuto funcional, que no pueden justificarse con otras fórmulas de contratación excepcionales o atípicas, como son el contrato administrativo de servicios.

SEGUNDO.- Consecuencia de todo lo anterior se suscita la cuestión de la naturaleza de la vinculación actual de la aparejadora en cuestión con el Ayuntamiento de XX, y así para dar una respuesta lo más adecuada a la cuestión, debemos determinar, en primer lugar, la naturaleza Jurídica del contrato, laboral o administrativa, diferenciación que no está claramente delimitada ni en la Legislación ni en la Jurisprudencia.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio del 1991 especificaba «la doctrina de la Sala ha precisado en relación con el personal al servicio de las Administraciones públicas que «entre el régimen administrativo y el laboral no existe en principio ninguna diferencia de contenido esencial vinculada a la naturaleza objetiva de los servicios prestados, sino que se trata de una cuestión de técnica organizativa al poder utilizar la Administración, respetando los límites Legales, ambas modalidades de reclutamiento de personal, y, en consecuencia, lo decisivo para calificar como administrativa una

---



relación es la existencia de una norma con rango Legal que le atribuya ese carácter, debiendo atenderse predominantemente en esa calificación a la correspondencia real entre el tipo Legal y la prestación de trabajo efectivamente concertada» (Sentencia de 6 de julio de 1988, que cita las de 23 de octubre de 1986 y 2 de abril de 1987)»

La doctrina Jurisprudencial relativa a la laboralidad de los contratos administrativos contiene pronunciamientos a favor y en contra, dependiendo de la concurrencia de irregularidades en el objeto del contrato o cuando, en su ejecución, concurren las notas típicas configuradoras del vínculo laboral (esencialmente ajenidad y dependencia).

Defiende la doctrina que la jurisdicción social es competente en aquellos supuestos en que la apariencia formal de un contrato administrativo deja ver de manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo, en el que el objeto del mismo es una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación, de manera que la relación es en realidad de naturaleza laboral.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 18 de Febrero del 1999 el artículo 1.3.a) ET -excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las Administraciones Públicas que se regulen por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley-, exclusión que permite en principio romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el artículo 8.1 ET, y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción. Ahora bien, el artículo 8.1 del ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo formal de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce Legal previsto y esto sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge a formalmente al Real Decreto 1465/85 sobre trabajos específicos, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia. Es decir, cuando la contratación administrativa se acoge a la Ley de Contratos del Sector Público, por la prestación de servicios o realización de trabajos específicos que recoge, pero las tareas efectivamente realizadas consisten en servicios genéricos sin sustantividad propia, cual parece ser el caso, del arquitecto técnico contratado por el Ayuntamiento consultante.

Al respecto es recomendable la lectura de las siguientes sentencias:



Sentencia del Tribunal Supremo 12 de Junio del 2012 «Desestima el Tribunal Supremo el rec. de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento demandado contra Sentencia que rechazó la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, por inexistencia de relación laboral, en autos seguidos a instancia de arquitecto sobre despido. Señala la Sala que en el caso enjuiciado el objeto del contrato eran los servicios profesionales del actor, con el cumplimiento de un tiempo de trabajo establecido. El trabajo se ejecutaba, además, en los locales del Ayuntamiento y con los medios de éste, con aplicación de vacaciones y con una retribución fijada en un importe anual que no tenía en cuenta los resultados concretos de la actividad profesional, sino la dedicación pactada. El hecho de que la retribución se documentase a través de facturas sólo es una cobertura formal que no altera la realidad de la existencia de una prestación y remuneración de servicios personales, habiéndose insertado el trabajo, consistente en atención al público y realización de informes técnicos, en el círculo rector y organizativo del ente local demandado, si bien con la autonomía funcional propia de un profesional cualificado.»

Sentencia del Tribunal Supremo 23 de Noviembre de 2009 «Explica la Sala que se dan en la relación enjuiciada las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, ya que el arquitecto demandante asumía la obligación de despachar los informes sobre los asuntos que el Ayuntamiento le pasaba y la obligación de acudir al mismo una vez a la semana para resolver consultas del servicio, que se prestaba por cuenta de la corporación, sin que sea óbice la no prestación de servicios a tiempo completo o en régimen de exclusividad, no corriendo, tampoco, con el riesgo de la operación, al percibir una cantidad fija mensual con independencia del número de informes o consultas que hiciera.»

La misma Sentencia, según doctrina unificada, sobre los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral, los resume de la siguiente forma:

«a) La calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.

b) En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El

---



contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la Legislación laboral.

c) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra.

d) Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

e) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a Disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

f) En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación

---



retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

g) En las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas».

TERCERO.- En base a lo anteriormente expuesto consideramos que el contrato celebrado hace más de 6 años entre el Ayuntamiento de XX y la arquitecto técnico, es un contrato ya extinto al exceder con creces el plazo pactado de duración, y no vemos factible contratar de manera externa la realización de los informes técnicos del Ayuntamiento eso si no encontramos problemas en contratar los servicios de un arquitecto conforme al TRLCSP, para la realización de proyectos técnicos, estudios, planes, etc., del propio Ayuntamiento, todo ello con un objeto concreto y determinado.

Por ello, igualmente entendemos que la contratación de la arquitecto técnico objeto de este informe en los términos que anteceden, podría ser calificada de naturaleza laboral, por el Juzgado de lo Social, si se demuestra que la misma ha estado realizando actividades habituales y permanentes de la Corporación Local, si el trabajo ha sido desarrollado con dependencia y ajenidad, si ha percibido retribuciones fijas mensuales, aún con factura, independientemente del número de expedientes tramitados, si es claro y patente que la Corporación Local hace suyos los beneficios del trabajo del actor; además de otros factores que pueden influir como, el disfrute de vacaciones anuales, etc.

Por último debemos de tener en cuenta que subsistirá la situación de la trabajadora en cuestión mientras se cubre definitivamente la misma en la convocatoria definitiva derivada de la Oferta de Empleo Público correspondiente, cuando esta sea factible y así lo decidiera la Corporación consecuencia de su potestad de autoorganización, por desaparecer las limitaciones respecto a la incorporación de nuevo personal, que establecen desde 2011, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado, así para el actual, la LPGE 2015 ( Ley 36/2014), en su art. 21.uno. 1, dispone:

“ A lo largo del ejercicio 2015 no se procederá, en el Sector Público delimitado en el artículo anterior, a excepción de las sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por





las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público, que se regirán por lo dispuesto en las disposiciones adicionales décima quinta, décima sexta y décima séptima, respectivamente, de esta Ley y de los Órganos Constitucionales del Estado, a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería profesional necesarias para alcanzar los efectivos fijados en la Disposición adicional décima cuarta. .

Badajoz, marzo de 2015