

B) Disposiciones y Actos

Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública

2017 *Decreto de 21 de octubre de 2013 de la Delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública por el que se aprueba la Instrucción 9/2013 en materia de personal para la correcta gestión de los contratos de servicios a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.*

El artículo 103.3 de la Constitución establece que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. En el desarrollo de este mandato, el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce y desarrolla el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. A este fin, las Administraciones Públicas, y 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 dichos 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.

Por otra parte, el artículo 43 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, considera que se produce cesión ilegal de trabajadores cuando se da alguna de las siguientes condiciones: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, cuando no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. El apartado 4 del mismo artículo añade, por último, que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

En aplicación de este último precepto y dada la condición de empleador que asume la Administración pública, teniendo en cuenta la suscripción de numerosos contratos administrativos para la gestión de los servicios públicos de los que es titular, los tribunales han condenado en diferentes ocasiones a las Administraciones públicas como responsables del mencionado tráfico prohibido. Estas resoluciones judiciales han abierto la vía para que, de esta forma, trabajadores no seleccionados en virtud de los principios antes citados de igualdad, mérito, capacidad y publicidad puedan adquirir, en ocasiones, la condición de personal laboral indefinido no fijo.

En este contexto, el Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales una moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que 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, lo que motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010 de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En dicha Resolución se insta a las Administraciones públicas a instrumen-

tar los mecanismos necesarios para atajar aquellas prácticas que han venido llevándose a cabo durante los últimos años en las contrataciones de servicios, por cuanto la declaración de la cesión ilegal, que ofrece al trabajador el derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, da lugar, en caso de decantarse por la cesionaria, en este caso una Administración pública, a adquirir la condición de personal laboral indefinido no fijo.

La disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, da un paso más al imponer a 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, la obligación de dictar antes del 31 de diciembre de 2012 unas instrucciones que garanticen la correcta ejecución de los servicios externos que hubieren contratado. El objetivo pretendido es clarificar 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.

Con este fin, el 28 de diciembre de 2012 la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública dictó la Instrucción 5/2012, sobre servicios externos contratados por el Ayuntamiento de Madrid y los entes que conforman su sector público, que recoge diferentes medidas a observar en las diferentes fases de gestión de los contratos, desde su planteamiento y celebración hasta su ejecución, pasando por la redacción de pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares.

Las presentes instrucciones, que parten de las previsiones contenidas en la citada del 28 de diciembre de 2012, pretenden avanzar en la concreción de los deberes y obligaciones que debe observar el personal al servicio de la Administración municipal con el propósito de clarificar la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando que se produzcan situaciones que puedan derivar en una eventual resolución judicial que declare la existencia de una cesión ilegal de trabajadores.

Asimismo, las instrucciones recuerdan la responsabilidad disciplinaria y patrimonial en la que pueden incurrir todos los empleados públicos que, apartándose de lo dispuesto en ellas, contribuyan con su comportamiento a la generación de este resultado ilícito, encomendando a la Inspección General de Servicios la realización de cuantas actuaciones estime oportunas para su control y seguimiento.

En virtud de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.3.2 b) y d) del Acuerdo de 17 de enero de 2013 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se establece la organización y estructura del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública y se delegan competencias en su titular y en los titulares de los órganos directivos, que delega en el titular del área de gobierno el desarrollo general, la coordinación y el control de la ejecución de las políticas del Ayuntamiento en materia de personal y el establecimiento de las directrices con arreglo a las cuales ejercerán sus competencias en materia de personal los distintos órganos municipales,

DISPONGO

PRIMERO.- Aprobar la instrucción 9/2013 en materia de personal para la correcta gestión de los contratos de servicios a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, que se incorpora como anexo al presente Decreto.

SEGUNDO.- El presente Decreto surtirá efectos a partir de su firma, sin perjuicio de su publicación en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid y de su comunicación a todas las Áreas de Gobierno, Distritos y Organismos autónomos del Ayuntamiento de Madrid para su conocimiento y aplicación.

Madrid, a 21 de octubre de 2013.- La Delegada del Área de Economía, Hacienda y Administración Pública, Concepción Dancausa Treviño.

INSTRUCCIÓN 9/2013 EN MATERIA DE PERSONAL PARA LA CORRECTA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS A FIN DE EVITAR INCURRIR EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

PRIMERA.- Instrucciones generales durante la fase de ejecución de los contratos de servicios.

El personal municipal que integra los órganos y unidades administrativas responsables del seguimiento de la ejecución de los contratos de servicios (en adelante, responsable del contrato), deberá actuar de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la Instrucción 5/2012 sobre servicios externos contratados por el Ayuntamiento de Madrid y los entes que conforman su sector público, en cumplimiento de la disposición adicional primera, del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, aprobada por Decreto de 28 de diciembre de 2012, de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública.

SEGUNDA.- Instrucciones específicas en materia de personal durante la fase de ejecución de los contratos de servicios.

1. El personal municipal responsable de la gestión y seguimiento de la ejecución de los contratos de servicios deberá supervisar el cumplimiento de los siguientes aspectos, en estrecha colaboración con las Secretarías Generales Técnicas de las Áreas de Gobierno y Gerencias de los Organismos autónomos y Distritos en lo que corresponda a sus respectivas competencias:

a) Las instrucciones o encomiendas de trabajo que corresponda dictar al personal del Ayuntamiento en relación con los trabajos a desarrollar por el personal de la empresa contratista, serán comunicadas exclusivamente por el responsable del contrato al "interlocutor/coordinador" designado por la empresa contratista, absteniéndose de transmitirlos directamente al citado personal. Siempre que sea posible, deberá dejarse constancia por escrito de esta comunicación. La coordinación del contrato se realiza entre la empresa y el Ayuntamiento de Madrid, no entre el personal de la empresa contratista y el personal municipal.

El personal municipal no puede organizar de forma directa los trabajos a realizar por parte del personal de la empresa contratista, ni realizar los controles de dicho personal de forma inmediata y continua puesto que el control de este personal corresponde en exclusiva a los responsables de la empresa contratista.

El personal de la empresa contratista solo puede realizar actividades encuadradas en la propia esfera de la actividad contratada.

La empresa contratista deberá de disponer de una presencia real a través de una organización, infraestructura y poder direccional propios que debe de desplegar para la ejecución de la actividad contratada.

El personal de la empresa contratista no podrá intercambiarse funciones o turnarse horarios con el personal municipal. La prestación de los servicios contratados deberá realizarse de forma separada y con una organización y poder direccional claramente diferenciados de los del propio Ayuntamiento.

b) El personal de la empresa contratista que, por razón de la

prestación que tenga que realizar, hubiera de estar ubicado excepcionalmente en instalaciones o edificios municipales lo hará en una dependencia concreta designada a tal efecto, y con carácter ocasional o puntual, salvo que por razones justificadas en relación con el objeto del contrato o con el tipo de prestación no sea posible observar esta condición.

c) El personal de la empresa contratista se abstendrá de utilizar maquinaria, útiles, equipos, vehículos, instrumentos y demás material cuya titularidad corresponda al Ayuntamiento, debiendo valerse exclusivamente de aquellos medios que la empresa deba aportar en virtud del contrato suscrito. Solo excepcionalmente y cuando así lo prevea la documentación contractual, podrán existir medios materiales propiedad del Ayuntamiento puestos a disposición de la empresa contratista.

d) Cuando sea preciso el acceso a las instalaciones y dependencias municipales por parte del personal de la empresa contratista, se efectuará con un medio de identificación diferente a la tarjeta corporativa de los empleados municipales, en el que deberá constar, como mínimo, el nombre de la empresa para la que trabaja.

e) El personal de la empresa contratista, no dispondrá de cuenta de correo electrónico corporativa de carácter nominativo, debiendo comunicarse a través de la cuenta de correo propia de la empresa contratista. Este personal tampoco poseerá teléfono corporativo, no figurará en los listados telefónicos del Ayuntamiento de Madrid, ni aparecerá en organigrama o estructura alguna como parte de la organización municipal.

f) El personal de la empresa contratista no dispondrá de plaza de aparcamiento o zona de estacionamiento reservado al personal municipal, ni podrá ponerse a su disposición vehículos municipales para realizar sus propios desplazamientos.

g) En el supuesto de que el personal de la empresa contratista deba observar unas determinadas condiciones de uniformidad en la prestación del servicio, en dichas prendas deberá figurar claramente visible el logo y/o nombre de la empresa contratista. Esta misma previsión deberá tenerse en cuenta aun no concurriendo dicha exigencia, por lo que el personal de la empresa contratista deberá portar durante su estancia en las instalaciones y dependencias municipales de alguna identificación expedida por su propia empresa, en la que sea visible el logo y/o nombre de la misma.

h) El acceso del personal de la empresa contratista a la intranet o a las aplicaciones informáticas municipales, cuando así sea preciso para la correcta gestión del contrato, se limitará a aquellos contenidos que sean imprescindibles a tal fin. Las claves de acceso serán diferentes a las que corresponden a los empleados municipales o se asignarán a través de un protocolo o procedimiento distinto, y por el tiempo imprescindible para el desarrollo de sus cometidos durante la vigencia del contrato de servicios.

i) El personal municipal, tanto funcionario como laboral, y los titulares de órganos directivos, se abstendrán de realizar indicación de cualquier tipo sobre horarios, turnos, jornada, permisos, licencias, vacaciones e incapacidad temporal a que tenga derecho el personal de la empresa contratista en virtud del contrato de trabajo y convenio colectivo que les sea de aplicación, sin perjuicio de que para la mejor gestión del servicio el responsable del contrato acuerde lo que considere oportuno, a efectos de que el servicio quede cubierto, pero siempre a través del coordinador/interlocutor de la empresa.

En ningún caso el responsable municipal del contrato o cualquier subordinado de este firmará documentos referidos a esas incidencias anteriormente enunciadas, tales como conformidades o visados, siendo únicamente receptor de las comunicaciones efectuadas por la empresa en tanto que puedan incidir en el servicio (firma de "recibí" y similares).

j) Los servicios municipales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, actuarán según el Procedimiento de Coordinación de Actividades Empresariales y Preventivas para las contrataciones y subcontratas de los Centros de Trabajo del Ayuntamiento de Madrid y

sus Organismos autónomos, acordado en el Comité de Seguridad y Salud del Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos.

k) El personal de la empresa contratista no podrá ser autorizado a asistir a las actividades y cursos de formación dirigidos a los empleados públicos, tanto si éstos son organizados como si son impartidos por el propio Ayuntamiento, ni tan siquiera en calidad de oyente.

Igualmente el personal de la empresa contratista no puede ser autorizado para asistir en representación del Ayuntamiento de Madrid o como ponente del mismo a jornadas o congresos, ni formar parte de los comités o equipos técnicos municipales ni, por tanto, figurar en las actas que éstos eleven.

No podrán abonarse con cargo al presupuesto municipal cursos de formación, masteres o similares destinados al personal de las empresas contratistas.

l) La exigencia de la responsabilidad disciplinaria en la que pueda incurrir el personal de la empresa contratista corresponderá a ésta, sin perjuicio de que puedan ser comunicados los hechos constitutivos de tal responsabilidad por parte del responsable del contrato si tiene conocimiento de ellos o se han realizado con ocasión de la prestación realizada para el Ayuntamiento.

m) El personal municipal no intervendrá en los procesos de selección de recursos humanos que la empresa contratista efectúe para la prestación del servicio contratado, sin perjuicio, en su caso, de que pueda comprobar que las personas incluidas finalmente en el equipo de trabajo cumplen las condiciones exigidas en la documentación contractual. Asimismo, tampoco efectuará ninguna valoración sobre la productividad del personal de la empresa contratista.

n) El personal municipal de las unidades administrativas responsables del seguimiento de la ejecución de los contratos de servicios, no podrá emitir en ningún caso certificaciones, informes, "hago constar" o documento análogo sobre las funciones, tareas o cometidos que

realice el personal de la empresa contratista.

2. El Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM), el Instituto de Formación y Estudios del Gobierno Local de Madrid y el Área de Gobierno de Seguridad y Emergencias prestarán la colaboración y el apoyo técnico necesario para el cumplimiento de lo previsto en los párrafos d), h) y k) del apartado 1, en el marco de sus competencias.

TERCERA.- Responsabilidad disciplinaria y patrimonial.

1. El incumplimiento de lo previsto en la instrucción segunda, apartado 1 generará responsabilidad disciplinaria del personal municipal cuando las actuaciones u omisiones puedan subsumirse en alguna de las faltas tipificadas en las normas que regulan el régimen disciplinario de los empleados públicos.

2. Asimismo, en los supuestos en los que dichas conductas y actuaciones generen daños y perjuicios al Ayuntamiento de Madrid, podrá exigirse responsabilidad patrimonial a las autoridades y demás personal municipal cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTA.- Control y seguimiento.

La Inspección General de Servicios, en el marco de sus funciones y de acuerdo con lo que pueda preverse en su plan de actuaciones, llevará a cabo cuantas actuaciones se estimen necesarias para el control y seguimiento de lo previsto en las presentes instrucciones, con independencia de lo que corresponda a las Secretarías Generales Técnicas de las Áreas de Gobierno, Gerencias de los Organismos autónomos y de los Distritos en el ámbito de sus respectivas competencias.