

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Con fecha de y número de registro se recibió, remitido por el señor Alcalde del Ayuntamiento de una solicitud de informe sobre el régimen jurídico de los contratos de trabajo concertados para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

Con base, por resultar de la solicitud de informe y de la documentación de que se acompaña, en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio, el Ayuntamiento de viene suscribiendo contratos de trabajo de carácter temporal.

II.- Dichos contratos están condicionados a la suscripción de los correspondientes convenios con la Consejería de Bienestar Social para la financiación, mediante subvención del coste de los mismos.

III.- Los contratos se concertan con aquellas personas que superaron un proceso de selección para la constitución de una bolsa de trabajo.

IV.- Se da, además, la circunstancia de que una de las personas seleccionadas es la esposa del Alcalde consultante.

V.- Consulta el señor Alcalde sobre los siguientes extremos:

1) Sobre el deber de abstención que tiene el Alcalde en el procedimiento de concertación del contrato que pudiera concluirse con su esposa, y la posibilidad de delegar todos los asuntos relacionados con el Servicio de Ayuda a Domicilio en un Concejal.

2) Con respecto a la contratación de las trabajadoras, a pesar de no ser competencia municipal la prestación del servicio, si se podría "regularizar" su situación.

3) Sobre las posibles consecuencias que tendría el hecho de que dejaran de firmarse el Convenio, y el Ayuntamiento dejara de prestar el Servicio.

A los que resultan de aplicación los presentes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Respecto a la primera cuestión planteada por el Ayuntamiento consultante, la circunstancia de que una de las personas integrantes de la bolsa de trabajo a la que se recurre para realizar las contrataciones sea esposa del Alcalde, resulta irrelevante desde el punto de vista sustantivo, pues para prestar servicios a favor del Ayuntamiento en régimen de contratación laboral, la circunstancia de parentesco con el Alcalde o alguno de los concejales no constituye impedimento ni causa de incompatibilidad alguna.

Ahora bien, sí es relevante dicha circunstancia a efectos procedimentales, pues en el procedimiento de selección –y ulterior perfección del contrato- con la citada trabajadora el

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Alcalde estaría incurso en la causa de abstención prevista en el artículo 26.2.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en consecuencia, obligado, conforme a lo previsto en el punto 1 del mismo artículo, a abstenerse de intervenir en el citado procedimiento.

Será el Teniente de Alcalde quien, conforme al artículo 47 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, deba intervenir en el procedimiento de contratación y posterior formalización, en su caso, del contrato de trabajo correspondiente.

Aunque no se ha consultado expresamente, sí conviene advertir que la referida circunstancia de parentesco puede causar disfunciones en cuanto al ejercicio de la competencia que corresponde al Alcalde como jefe de personal del Ayuntamiento –artículo 21.1h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local -. Para evitar las mismas, convendría que, una vez en ejecución los contratos de trabajo, en vez de aplicar el régimen de abstención del Alcalde y consecuente sustitución por el Teniente de Alcalde en cada resolución que haya de adoptarse relativa a esa trabajadora –vacaciones, turnos, órdenes de trabajo...-, se procediera a realizar una delegación de competencias al amparo de lo dispuesto en el artículo 43 del ROF, que se refiere concretamente en su apartado tercero a las delegaciones genéricas que pueda el Alcalde realizar a favor de los miembros de la Comisión de Gobierno o, donde ésta no exista, a favor de los Tenientes de Alcalde, y que pueden referirse a una o varias áreas o materias determinadas, pudiendo abarcar tanto la facultad de dirigir los servicios correspondientes como la de gestionarlos en general, incluida la facultad de resolver mediante actos administrativos que afecten a terceros.

Dicha delegación genérica podría por tanto extenderse a los procedimientos de contratación del personal y haría innecesaria también la aplicación del régimen de abstención y sustitución referido anteriormente.

Ello sin olvidar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local, el desempeño de la jefatura superior de todo el personal, así como la separación del servicio de los funcionarios y el **despido del personal** laboral son atribuciones **indelegables** de la Alcaldía.

SEGUNDO.- Como segunda cuestión plantea el Ayuntamiento de si podría “regularizarse” la situación de las trabajadoras, a pesar de que no es competencia municipal la prestación del servicio.

Aunque de los escuetos términos en que aparece realizada la consulta resulta ciertamente difícil deducir con claridad a qué se refiere el Ayuntamiento cuando habla de “regularizar” la situación de las trabajadoras que prestan el servicio de ayuda a domicilio, intentaremos dar respuesta a la cuestión planteada distinguiendo entre los siguientes supuestos de hecho:

Primer supuesto: Que el Ayuntamiento continúe prestando el servicio tal y como lo venía prestando hasta ahora, esto es, vinculado al Convenio que se suscribe con la Consejería de Bienestar Social, y, al amparo del mismo, formalizando contratos de trabajo

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

con las trabajadoras que en su día se integraron en la bolsa de trabajo. ¿Sería en este caso necesario "regularizar" la situación de las trabajadoras, en el entendido de que, como parece estar pensando el Ayuntamiento, estamos en presencia de contratos celebrados en fraude de Ley?

De los antecedentes facilitados resulta que estas trabajadoras se vinculan al Ayuntamiento a través de un contrato de trabajo de carácter temporal conforme a lo previsto en los artículos 15.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –hoy, con la misma redacción, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores- y el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Pues bien, en diversas ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, excluyendo el carácter fraudulento de los contratos al considerar que dichas contrataciones no pretendían encubrir, mediante la temporalidad, la realización de servicios permanentes del Ayuntamiento.

Así, en sentencia de 18 de diciembre de 1998, Sala de lo Social, ratificando la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 1998, el Tribunal Supremo resolvió que las contrataciones temporales, aun reiteradas, cuando se realizaban dependiendo de la existencia de un convenio y correspondiente subvención, no se pueden considerar efectuadas en fraude de Ley. Razona el Tribunal Supremo:

En el supuesto de autos, el servicio de ayuda a domicilio es uno de los generales establecidos en el artículo 5 de la Ley 3/1986 de los Servicios Sociales de la Comunidad de Castilla-La Mancha [hoy artículo 56 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha], y que los Ayuntamientos realizan dentro del plan de descentralización previsto en el artículo 2, con el régimen de ayudas y subvenciones que la Junta conceda a dichos entes locales. Se trata pues de un servicio competencia de la Junta que ésta encomienda a los Ayuntamientos, mediante un concierto y simultánea concesión de los oportunos fondos para ello. Hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a Derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado, pues cumple los requisitos establecidos en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2104/1984 [hoy Real Decreto 2720/1998], ya que no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración Autonómica y la concesión de la correspondiente subvención.

Más recientemente el Alto Tribunal, en sentencia de 7 de abril de 2015 (rec. 228/2014) enjuiciando un supuesto relativo igualmente al servicio de ayuda a domicilio, llega a la misma conclusión en su F.J.Tercero: "En el caso que examinamos, no obstante la

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

insuficiencia de los hechos declarados probados, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida, a lo largo de su fundamentación parte del hecho indubitado de la existencia del Convenio suscrito con la Consejería de Salud y Política Social de la Junta de Extremadura para instrumentar la subvención concedida por el ente autonómico para el mantenimiento y financiación del servicio de Ayuda a Domicilio, podemos afirmar que no se trataba de servicios propios del Ayuntamiento, salvo en los términos que le asignase por delegación el gobierno de la Comunidad Autónoma, ni eran servicios permanentes porque dependían de la subvención correspondiente. Por tanto, las contrataciones no se llevaron a cabo para encubrir, mediante la temporalidad, la realización de servicios permanentes, sino que se verificaron en tanto en cuanto se firmaban convenios de colaboración con la Administración titular de la competencia- la Administración Autonómica-, que financiaba su totalidad del servicio y en la contratación se especificaba, además del servicio contratado (Ayuda a Domicilio), el tiempo-en este caso anual- de duración normal del servicio ("Atención a la Dependencia 2013").

Por ello habrá que concluir, con arreglo a la jurisprudencia examinada, que si el servicio está perfectamente identificado, no es de realización obligatoria por la entidad local y se viene desarrollando por medio de conciertos con la Administración Autonómica, o Provincial, que tiene la competencia en la materia y que aporta toda o la mayor parte de la financiación, existe causa de temporalidad y el contrato de obra o servicio determinado no ha incurrido en fraude de Ley, ni en irregularidad alguna.

De lo que a *sensu contrario* se desprende que únicamente de la existencia de una subvención, sin la concurrencia del resto de los requisitos (obra o servicio perfectamente identificado y no de realización obligatoria) no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, y, por lo tanto, no es determinante a la hora de decidir si estamos o no ante un fraude de Ley. Así, como afirma el TSJ de Canarias, Sala de lo Social, en sentencia de 27 de enero de 2015, "*En todo caso, de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001, de 9 de junio, que ha introducido un nuevo apartado, el e) en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Con él se autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos indefinidos formalizados por la Administración para la "ejecución de planes o programas públicos determinados", cuando su financiación proviene de ingresos externos de carácter finalista y deviene insuficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo suscrito*".

E igualmente el TSJ Galicia Sala de lo Social, en sentencia reciente de 11 de noviembre de 2014: "*En definitiva, la subvención para ejecutar la obra o servicio no condiciona el tipo de contrato suscrito por las partes, ya que admitir la modalidad contractual por obra o servicio en el ámbito de la administración pública no permite a ésta eludir la normativa del contrato de trabajo temporal ni sus limitaciones como fuentes generadoras de derechos y obligaciones, sin que la existencia de una subvención revista la categoría de elemento decisivo y concluyente por sí mismo de la validez del contrato temporal causal, que exige la suficiente concreción y determinación de la obra o servicio*".

Segundo supuesto: Que el Ayuntamiento decidiera continuar prestando el servicio sin sujeción alguna a Convenio de financiación.

Si por parte del Ayuntamiento, considerando las últimas novedades normativas en la materia –fundamentalmente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y Ley 8/2015, de 2 de diciembre, de medidas para la garantía y continuidad en Castilla-La Mancha de los servicios públicos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local- considerando también las limitaciones y requisitos que en las mismas se establecen al respecto, se decidiera prestar el Servicio de Ayuda a Domicilio con carácter permanente y sin condicionarlo a la suscripción de convenios y entrega de la correspondiente subvención, debería proceder a la integración, como personal laboral fijo o funcionario de carrera, del personal necesario para el desarrollo de las tareas propias de dicho servicio, integración que actualmente está limitada por las previsiones que sobre ofertas públicas de empleo se contienen en el artículo 21 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, hasta el 31 de diciembre de 2015 y por las del artículo 20 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 a partir de esa fecha.

Debe añadirse que, en todo caso, y cumplidos las condiciones indicadas por las normas referidas, sería necesaria la tramitación de un proceso selectivo al efecto –es decir, no podría recurrirse al proceso selectivo tramitado para la formación de la bolsa de trabajo vigente-, con convocatoria pública, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad previstos en el artículo 103 de la Constitución Española, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha y sus disposiciones de desarrollo.

¿Sería posible, obviando los procesos a que nos hemos referido antes en cuanto a la selección de personal, que el Ayuntamiento, con una mera declaración en tal sentido, transformara la temporalidad de la relación que le une a esas trabajadoras, convirtiéndola en una relación laboral de carácter indefinido, por entender que los contratos temporales han venido celebrándose en fraude de ley?

Una respuesta en sentido negativo, podría ser la manifestada en el Dictamen 669/2001, del Consejo Consultivo de Canarias, de 12 de diciembre de 2011, que se manifiesta en estos términos, en relación a la revisión de oficio de varios Decretos que concedían la condición de trabajadores indefinidos a siete trabajadores temporales del Ayuntamiento:

"Como las Administraciones Locales están sujetas al principio de legalidad, están obligadas a contratar a sus trabajadores conforme a las dos modalidades contempladas en el ET: O como trabajadores fijos o como trabajadores temporales. No están habilitadas para contratarlos como trabajadores indefinidos no fijos. Tampoco están habilitadas para novar los contratos temporales en indefinidos no fijos sin que previamente hayan realizado los siguientes trámites:

a) La modificación de la plantilla orgánica de la Corporación (art. 90.1 LRBRL).

b) La modificación de su relación de puestos de trabajo, RPT (art. 90.2 LRBRL en relación con el art. 74 EBEP).

c) La inclusión de esos puestos de trabajo en la oferta de empleo público con fijación del plazo máximo para la convocatoria de los correspondientes procesos .

d) La publicación de la oferta de empleo público en el Boletín Oficial de la Provincia (arts. 91.2 y 103 LRBRL, art. 70 EBEP).

Sin realizar previamente esos trámites el Ayuntamiento no puede calificar como indefinidos no fijos a trabajadores contratados temporalmente. En ausencia de ese procedimiento esa calificación sólo le puede ser impuesta por la Administración por Sentencia de la jurisdicción laboral, la cual comporta la obligación de proceder a la realización de los trámites enunciados (D.A. XV.1 ET y las citadas SSTs de 20 de enero de 1998, RJ 1998|1000; de 7 de octubre de 1996, RJ 1996|7492; de 27 de mayo de 2002, RJ 2002|9893; de 27 de diciembre de 2002, RJ 2003|1844; y de 11 de noviembre de 2003, RJ 2003|8956)."

Por lo demás, sobre la transformación o conversión de los contratos temporales en contratos indefinidos, no fijos, en los supuestos previstos en el artículo 15.5 del derogado Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (hoy artículo 15.5 el vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), en relación con la Disposición Adicional Decimoquinta del mismo, así como sobre la distinción entre contratos fijos y contratos indefinidos, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse este Departamento en sus Informes de 27/09/2006 (http://www.diputoledo.es/global/ver_pdf.php?id=3437), y 08/06/2010 (http://www.diputoledo.es/global/ver_pdf.php?id=9961) en el que se ampliaba y concretaba la conclusión del primer Informe, en el sentido de que la mencionada transformación no podía realizarse de oficio, sino que era necesaria la previa intervención de un juez que así lo declarase, añadiéndose en el segundo de ellos, el supuesto de que el requerimiento fuese formulado por cualquier otro órgano o entidad competente en la materia, como puede ser la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por lo que, respecto de los temas mencionados, nos remitimos a lo dicho en ambos informes, cuyo contenido puede consultarse en los enlaces indicados anteriormente

TERCERO.- Por último, en caso de que el Ayuntamiento dejara de prestar el servicio, independientemente de la razón por la que lo hiciera, y puesto que la consecuencia inmediata sería que dejarían de suscribirse los contratos que para el desempeño de las tareas en que el servicio consiste se vienen suscribiendo, es hipotéticamente posible, como plantea el Ayuntamiento, que las trabajadoras que vienen suscribiendo dichos contratos podrían demandar al Ayuntamiento por entender que se ha producido una contratación fraudulenta. Y tal y como hemos manifestado en el apartado anterior, a la vista de los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos, lo cierto es que no puede predecirse el sentido en que resolverían los tribunales, máxime cuando en dicha resolución no sólo influirían las cuestiones sustantivas aquí tratadas, sino otras que pudieran alegar las partes y ser consideradas por el juez, así como cuestiones adjetivas sobre las que aquí es imposible pronunciarse.

En cuanto a la eventual responsabilidad que de las relaciones laborales objeto del presente informe pudieran derivarse para la Consejería de Bienestar Social, aunque es

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

aplicable lo dicho en el párrafo anterior, cuesta concebir algún motivo por el que pudiera exigirse tal responsabilidad

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la contratación de la trabajadora que resulta ser cónyuge del señor Alcalde, este deberá abstenerse, interviniendo en la misma el Teniente de Alcalde por su sustitución, como se indica en el fundamento jurídico primero.

SEGUNDA.-- En cuanto a la decisión de no prestar el Servicio de Ayuda a Domicilio tendría, en el ámbito laboral, las consecuencias indicadas en el fundamento jurídico tercero anterior.

TERCERA.- En el caso de que el Ayuntamiento decidiese prestar el Servicio de Ayuda a Domicilio con carácter permanente y sin condicionarlo a la suscripción de convenios y entrega de la correspondiente subvención, deberá procederse conforme se expresa en el fundamento jurídico segundo.

Es cuanto tengo el honor de informar, a los simples efectos de que se conozca la opinión jurídica de este Departamento, que someto a otra en derecho mejor fundada, no supliendo en ningún caso a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los oportunos acuerdos.

Toledo a 12 de enero de 2016