

**INFORME 19/2017 DE 7 DE ABRIL DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

OBJETO: PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN DE PROFESORADO ESPECIALISTA Y EXPERTO EN CENTROS PÚBLICOS NO UNIVERSITARIOS DEPENDIENTES DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN DEL GOBIERNO VASCO.

Antecedentes:

El Departamento de Educación ha iniciado la tramitación de una disposición de carácter general tendente a regular la contratación de profesorado especialista y experto en centros públicos no universitarios dependientes del Departamento de Educación, lo que se ha concretado en el proyecto de Decreto en tramitación y respecto del que se ha solicitado informe a la Junta Asesora de Contratación de Pública.

Competencia:

I.- Según dispone el artículo 27.a).1 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública informará con carácter preceptivo los proyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno.

II.- En proyecto de Decreto sobre el que se solicita informe reúne los requisitos para la emisión de informe de este órgano consultivo, pues se trata de una disposición de carácter general a aprobar por el Consejo de Gobierno y cuya Disposición Adicional Única incide en el ámbito de la contratación pública.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Primera.- Tras regular en sus ocho artículos la contratación de profesorado especialista y experto en centros públicos no universitarios dependientes del Departamento de

Educación, que se efectuará en régimen laboral, ámbito en el que nada tiene que informar esta Junta Asesora, el proyecto de Decreto incluye la Disposición Adicional Única que, bajo el título de Contratación de personas de reconocido prestigio, dispone como sigue:

"Excepcionalmente, el Departamento de Educación podrá también contratar a aquellas personas que por su trayectoria personal reúnan unos méritos científicos, artísticos o técnicos de singular importancia, que completen y enriquezcan la formación del alumnado.

Se podrá recabar del interesado la acreditación de la competencia profesional por medio de documentos tales como estudios, publicaciones o informes técnicos de las Administraciones Públicas u otros que considere pertinente, incluyendo proyectos y pruebas al efecto.

Podrán ser contratados los servicios de estas personas para impartir aquellas formaciones y desarrollar aquellas actividades programadas u oferta de servicios que por su naturaleza lo requieran, siempre que no exista en el centro profesorado cualificado disponible para ello.

En ningún caso, dicha contratación consistirá en el ejercicio de funciones habituales atribuidas a los puestos de trabajo o al profesorado o experto docente adscrito al centro, lo cual deberá figurar en un informe elaborado por la Dirección correspondiente del Departamento de Educación promotora de la misma que formará parte del expediente.

La propuesta, que deberá ir acompañada de un historial del profesional que la motiva, deberá argumentar las razones que aconsejan su contratación y las aportaciones que puede realizar al sistema educativo de la Comunidad Autónoma del País, así como las razones que justifican la excepcionalidad de la contratación.

Se utilizará para ello el contrato de servicios que corresponda, señalado en la norma que regula los contratos del sector público".

El contenido de esta disposición ha dado lugar a serias y fundadas objeciones que han quedado plasmadas en tres informes que obran en el expediente, emitidos por la Dirección de Régimen Jurídico y Servicios y por el Área de Contratación del Departamento de Educación (promotor de la disposición) y por la Dirección de Función Pública, siendo unánime la conclusión de todos ellos en el sentido de la inidoneidad del contrato de servicios regulado en el TRLCSP para la provisión de puestos de personal docente, por falta de cobertura legal que habilite para excepcionar la regla de la laboralidad en este tipo de contratos. Coinciden también todos ellos en denunciar la ambigüedad de sus términos y la ausencia de límites para la aplicación de una medida que se califica de excepcional. Y todos ellos coinciden también en señalar como la vía más adecuada y acorde con el ordenamiento jurídico la de la "Colaboración ocasional de profesionales de relevante prestigio" para dictar conferencias, impartición de cursos, talleres, seminarios o actividades similares.



Segunda.- No obstante el exhaustivo análisis de que ha sido objeto esta Disposición Adicional, y puesto que en los informes señalados se hace salvedad del criterio que pueda emanar de este órgano consultivo en materia de contratación pública, hemos de manifestar en primer lugar que compartimos todas y cada una de las objeciones vertidas en tales informes, las cuales por sí sólas constituyen razones de peso suficientes como para reconducir el contenido de la Disposición hacia otras figuras diferentes del contrato de servicios regulado en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a la vez que se delimiten de modo completo los supuestos, objeto, condiciones y límites en los que procede la contratación de profesionales de reconocido prestigio sin respetar la regla (ya de por sí excepcional) de la laboralidad, para impartir la docencia en centros de la red pública del Departamento de Educación.

Y dicho esto, conviene recordar que para dar respuesta a una excepcionalidad como la que parece que se pretende, existió en el ámbito de la contratación administrativa la figura del contrato para trabajos específicos y concretos y no habituales, acogida en el RD 1465/1985, de 17 de julio, que reguló esta relación contractual con las personas físicas. La figura se incorporó en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, expresamente como contrato administrativo, y se conceptuó como aquél que, no teniendo por objeto las prestaciones del contrato de consultoría ni el de servicios, se celebrase excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pudiese ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos.

Pero el uso expansivo y conflictivo que se hizo de esta figura, dio lugar a su supresión mediante la Ley 53/1999, por la que se modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y desde entonces no ha existido disposición normativa alguna que habilite a la Administración a celebrar contrataciones temporales de servicios a prestar por personas físicas. Con lo que concluimos con la inexistencia, dentro de la normativa que rige actualmente la contratación pública, norma legal o reglamentaria alguna que permita hacer jugar la excepción de la laboralidad en los servicios que presten las personas físicas dentro de la Administración, por lo que el proyecto que nos ocupa no puede basarse en el contrato de servicios para contratar con personas físicas que por su trayectoria personal reúnan unos méritos científicos, artísticos o técnicos de singular importancia, que completen y enriquezcan la formación del alumnado (tal y como se expresa la Disposición Adicional Única del proyecto de Decreto).

Tercera.- Hay que recordar en este punto que la verdadera naturaleza de un contrato no viene determinada por el nombre que le demos, sino por el conjunto de derechos y obligaciones que resultan del mismo, y que en el ámbito en el que nos movemos la prerrogativa para la calificación o no de un contrato como laboral es competencia de la Jurisdicción de lo Social.

Es por ello que, en disposiciones como la que es objeto de este informe, haya de extremar las precauciones para delimitar las figuras del contrato laboral y del contrato administrativo, en evitación de que mediante contratos administrativos se pretenda eludir la aplicación de las normas del Derecho de la Función Pública sobre nacimiento, duración y extinción de la relación, política de retribuciones y cotización en el régimen de la Seguridad Social. Delimitación de la que está huérfana la controvertida Disposición Adicional Única.

Cuarta.- La figura del “contrato de servicios regulado en el TRLCSP”, a la que se remite la Disposición Adicional Única, a fin de contratar personas de reconocido prestigio para impartir la docencia en centros de la Red Pública, es totalmente inadecuada y contraviene el ordenamiento jurídico, afirmación que basamos en las siguientes consideraciones:

1ª.- En los informes emitidos se reconduce la cuestión a la doctrina emanada del Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 2014 (RJ\2014\2971) dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, y que aun siendo reiterativo se transcribe a continuación:

“... no hay una norma de rango legal que permita que permita hacer jugar la excepción de la laboralidad, a favor de la contratación administrativa, prevista en el artículo 1.3.a) del ET; no cumple ese papel el artículo 95.2 de la LOE, que deja la cuestión abierta; y no lo cumple, como ya hemos visto antes, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en los artículos que regulen el contrato administrativo de servicios. Por lo tanto, debe concluirse que la relación del actor es laboral. Y, además conviene subrayar que esta solución es plenamente coherente con el diseño del empleo público establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, basado en modelo bipolar: los empleados públicos o son funcionarios o son contratados laborales. Y así lo especifica el art. 8 del EBEP que solamente añade, como figuras muy especiales, en cuanto dotadas de un código genético transitorio, a los “funcionarios interinos”, que no dejan de ser funcionarios, y al “personal eventual” ... Para nada contempla el EBEP al contrato”



administrativo como una vía normal de reclutamiento de empleados públicos. Su supervivencia debe considerarse absolutamente excepcional y, como tal, las normas en que pudiera ampararse su existencia deben ser interpretadas restrictivamente. Además de por todo lo expuesto, por aplicación del principio "odiosa restringenda sunt". Pues como ya expusimos, la figura del contrato administrativo encabalgada sobre relaciones de prestación de servicios materialmente laborales solamente ha cumplido una función de precarización y de privación de derechos a los empleados públicos que le han sufrido".

2ª.- Es de destacar igualmente, según se pronuncia el informe jurídico del Departamento de Educación, que todo el personal necesario para el desarrollo de las funciones ordinarias del centro docente público debe ordenarse a través de las relaciones de puestos de trabajo, no siendo ésta una cuestión dispositiva para el centro, ni para el Departamento. Y, en definitiva, la utilización de una u otra figura jurídica (funcionariado, personal laboral o externalización a través de contratos de servicios) para el desarrollo de las funciones ordinarias de los centros públicos que prestan el servicio público educativo, no pueden ampararse en una situación de hecho eventualmente concurrente o propiciada por la propia Administración, olvidando que es la naturaleza de la función la que determina la obligación o procedencia de acudir a una u otra figura.

3ª.- Como bien se destaca en el Informe de la Dirección de Función Pública no obra en el expediente justificación alguna de los motivos que llevan a proponer una contratación de servicios, en vez de una contratación laboral temporal como para el resto de las contrataciones que contempla el proyecto de Decreto. No se citan en ningún documento ni se incorporan a la disposición las necesidades docentes concretas que se pretenden cubrir con estas contrataciones, algo absolutamente imprescindible tratándose como se trata de un recurso (el contrato de servicios) que se califica de excepcional y diríamos que a más a más de otra excepcionalidad de base (la relación laboral).

4ª.- Y entrando en el contrato de servicios regulado en el TRLCP, hemos de dejar sentado que este texto legal no regula varios tipos de contratos de servicios, sino que cualquiera que sea el servicio objeto del contrato, existen unas notas características de este contrato que permanecen invariables y que lo diferencian del contrato laboral.

Estas características vienen recogidas en nota a pie de texto del informe jurídico del Departamento con el siguiente texto literal:

“A diferencia del empleado público, sea funcionario o laboral, el adjudicatario de un contrato de servicios es un empresario que en el caso de ser persona física debe estar dado de alta como autónomo y al corriente en las obligaciones tributarias (Impuesto sobre Actividades Económicas) y con la Seguridad Social, ha de tener solvencia en las distintas vertientes contempladas en la legislación de contratos del sector público y asume el riesgo y ventura del contrato. Así mismo, el contratista de un contrato de servicios es ajeno al ámbito organizativo interno de la Administración contratante.”

Características todas ellas que no se vislumbra que concurren en una contratación como la que se perfila en esta Disposición Adicional Única. Si partimos de que se trata de contratar los servicios de personas físicas que cuenten con una trayectoria personal destacada y exclusivamente basada en sus méritos profesionales, éstos necesariamente vendrán dados por el ejercicio de una actividad profesional o artística que le es propia, en cuyo ámbito tendrá o no en regla sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. Pero no hay que olvidar que se les contrataría para prestar servicios como docentes, ámbito de actividad (la docencia) para el que no estarían habilitados ni técnica ni profesionalmente.

La solvencia que se les exige viene formulada en el proyecto de Disposición Adicional en términos de competencia profesional (estudios, publicaciones o informes técnicos de terceras personas o entidades, incluyendo proyectos y pruebas al efecto), que en definitiva se resumen bajo el concepto de “méritos científicos, artísticos o técnicos de singular importancia”, incurriendo con ello en una absoluta separación de los medios de acreditar la solvencia técnica o profesional regulados en el artículo 78 del TRLCSP.

Y, finalmente, la persona a contratar no asume ningún riesgo derivado del contrato, carece de toda estructura empresarial ajena a su propia persona para prestar el servicio contratado y, lo que resulta concluyente, se integra totalmente en el ámbito organizativo interno de la Administración contratante, que ejerce sobre el contratado el poder de dirección al formar parte los servicios a contratados de las actividades docentes regladas a impartir en el Centro.

Y ni siquiera el artículo 304 del TRLCSP da amparo a las contrataciones pretendidas, pues lo que se regula en él no es un tipo especial de contratos de servicios, sino algunas reglas especiales para el contrato de servicios cuyo objeto sea una actividad docente prestada por

una persona física, y que en lo que aquí interesa destacamos la relativa a la no aplicación en estos casos de las disposiciones del TRLCSP relativas a la preparación y adjudicación de los contratos, siendo a contrario sensu plenamente aplicables las disposiciones relativas a la capacidad y solvencia (Cap. II del Título II TRLCSP).

Por último, tampoco daría cobertura a estos contratos de servicios la figura del contrato menor definida en el artículo 138.3 del TRLCSP, pues aun siendo escaso en trámites el procedimiento establecido, se mantiene en todo caso la exigencia de la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, y que en este caso nos vuelve a llevar a la pertinente e ineludible habilitación para la docencia, la cual no puede suplirse en modo alguno por la experiencia adquirida en el ejercicio de una profesión.

En resumen, y en base a lo expuesto en esta Consideración Cuarta, la Junta Asesora de Contratación Pública considera que el Contrato de Servicios, regulado en el TRLCSP, **es una figura inadecuada** para la contratación de personas físicas de reconocido prestigio con el objeto de impartir formación al alumnado matriculado en Centros Públicos no universitarios dependientes del Departamento de Educación.

Quinta.- Cuestión diferente es que la participación de estas personas de reconocido prestigio en el proceso formativo del alumnado se encauce, por analogía del artículo 304 del TRLCSP pero sin sometimiento a las normas de dicho texto legal, a través de colaboraciones ocasionales en forma de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias o cualquier otro tipo similar de actividad, que no supongan en ningún caso el ejercicio de las funciones habituales atribuidas a los puestos de trabajo o al profesorado o experto docente adscrito al centro.

Así lo ha entendido el informe emitido desde la Dirección de Régimen Jurídico y Servicios del Departamento de Educación, que ha formulado una propuesta de nueva redacción de la Disposición Adicional Unica, en términos que consideramos adecuados pues con ella se logra establecer de modo correcto la distinción entre estas colaboraciones ocasionales y el contrato de servicios regulado en la normativa sobre contratos del sector público.



Con base en todo lo anterior, la Junta Asesora de Contratación Pública, reunida en Comisión Permanente el día 7 de abril de 2017, adopta por unanimidad el siguiente

ACUERDO

INFORMAR NEGATIVAMENTE el proyecto de Decreto por el que se regula la contratación de profesorado especialista y experto en centros públicos no universitarios dependientes del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, en cuanto a la remisión que se hace en la Disposición Adicional Única a la utilización del contrato de servicios, señalado en la norma que regula los contratos del sector público, para la contratación de personas de reconocido prestigio, **por no ser una figura jurídicamente apta para la finalidad que se pretende.**

ARANTZA ARBELAITZ GELBENZU, Secretaria de la Junta Asesora de Contratación Pública, CERTIFICA que la Comisión Permanente de este órgano colegiado, en su sesión del día 7 de Abril de 2017, acuerda por unanimidad aprobar el presente informe.

Para que conste donde proceda se expide la presente en Vitoria-Gasteiz, a 7 de Abril de 2017.



Vº Bº
EL PRESIDENTE

David Álvarez Martínez
DIRECTOR DE PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN.