

Recurso nº 340/2018

Resolución nº 347/2018

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.P.V., contra el proceso de selección de un técnico de programación de festivales y cine de ficción CINETECA, convocado por Madrid Destino, Cultura, Turismo y Negocio, S.A. (en adelante, Madrid Destino), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de junio de 2018 se anunció en la página web de Madrid Destino, las bases del proceso de selección de candidaturas para la selección de un técnico de Programación de festivales y Cine de Ficción “Cineteca”.

Finalizado el proceso de selección Madrid Destino comunicó por correo electrónico a los candidatos el resultado del proceso. Así con fecha 25 de septiembre le comunicó al recurrente que su candidatura no había sido seleccionada para este puesto, sin indicación de los recursos que en su caso cabría interponer.

Con fecha 1 de octubre de 2018 se suscribió el contrato correspondiente contrato laboral de obra y/o servicio.

Con fecha 3 de octubre de 2018 el recurrente presentó un escrito de impugnación contra la selección llevada a cabo en el citado proceso ante la Dirección de Madrid Destino, que fue desestimada el 9 de octubre por la Comisión de Selección designada para este proceso por ser el órgano competente de conformidad con lo dispuesto en el punto 8.8 de las bases que rigen en el mismo, notificándose al interesado el día 11 del mismo mes, haciéndose constar: “*MADRID DESTINO CULTURA TURISMO Y NEGOCIO S.A., es una sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima que se acomoda íntegramente al ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a lo establecido en los presentes Estatutos.*

La resolución de la Comisión de Selección no es un acto administrativo ni este es un órgano administrativo.

A los trabajadores de Madrid Destino y a los aspirantes a ser incorporados a su plantilla no les es directamente de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público, salvo los principios rectores del artículo 55 y, con carácter referencial los artículos 60 y 61.

En el ámbito de su autónoma Madrid Destino ha aprobado y publicado en su página web, junto a las oferta de empleo, un Proceso para la Selección de Personal que rige y regula la presente impugnación, al que se somete esta Comisión de Valoración.

Por lo expuesto, y valoradas las alegaciones presentadas de conformidad con el Proceso de Selección, la Comisión de selección Resuelve no estimar su impugnación.”

Segundo.- El 17 de octubre de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación formulado por don L.P.V.

Afirma que Madrid Destino es una sociedad mercantil municipal con la forma de sociedad anónima, a la vista de su objeto y naturaleza tiene la consideración de poder adjudicador y que conforme a los artículos 2 y 3.3 d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) los contratos que liciten los poderes adjudicadores se encuentran sometidos a la LCSP, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Sostiene que Madrid Destino ha adjudicado un Contrato de Servicios bajo la apariencia de un contrato excluido del ámbito de aplicación de la LCSP incumpliéndose, de este modo, los requisitos esenciales que debe reunir todo contrato administrativo de servicios en perjuicio de los ciudadanos.

Por todo lo cual solicita se declare la nulidad de su exclusión por no ser ajustada a derecho y del procedimiento de selección por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento de licitación y, consecuentemente, se retrotraigan las actuaciones al momento de la redacción de los pliegos rectores de la licitación Así mismo solicita la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

El 22 de octubre de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo el artículo 56.2 de la LCSP, en el que solicita la desestimación por tratarse de una contratación laboral por obra o servicio, no siendo una licitación pública y por tanto encontrarse excluida del ámbito de aplicación de la LCSP, no siendo el Tribunal competente por razón de la materia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Madrid Destino es una sociedad mercantil municipal que tiene, entre otros objetivos, la gestión de programas y actividades culturales, formativas y artísticas, la organización, apoyo y difusión de las mismas, la prestación de todos los servicios e infraestructuras integrantes o complementarios de estos programas y actividades, la gestión de cualesquiera centros, espacios, recintos, dependencias y/o servicios culturales, cuya gestión le fuera encomendada temporal o indefinidamente, o cuyo uso le fuera cedido por el Ayuntamiento de Madrid, incluida la contratación y ejecución de las obras, instalaciones, servicios y suministros para los mismos.

El Ayuntamiento de Madrid gestiona directamente el servicio público cultural que se presta en Cineteca Madrid dentro de Matadero Madrid, a través de la empresa municipal Madrid Destino, medio propio del Ayuntamiento de Madrid. La Cineteca Madrid está dedicada a la difusión del cine de no ficción.

Si bien a efectos de la aplicación de la LCSP, Madrid Destino tiene la consideración de poder adjudicador, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.3.d) de la LCSP, en este caso el recurso se interpuso contra la exclusión un contrato de naturaleza laboral.

Comprueba el Tribunal que la convocatoria realizada y que figura en el expediente remitido consiste en “*un proceso de selección de personal laboral conforme al Título IV del Estatuto Básico del Empleado Público (RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) en particular al artículo 55*, considerando los artículos 60 y 61 (en lo que afecta al personal laboral) como referencia, así como el artículo 24 del *Estatuto de los Trabajadores, y el Convenio Colectivo de aplicación.*”

Según lo dispuesto en el artículo 11 de la LCSP relativo a Otros negocios o contratos excluidos de su ámbito de aplicación, “*La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral queda excluida del ámbito de la presente Ley.*”

Las diferencias de un contrato laboral y un contrato de servicios sujeto a la LCSP son claras.

- El artículo 17 de la LCSP define el contrato de servicios como “*(...) aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.*

- El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 15, establece que podrán

celebrarse contratos de duración determinada, entre otros, en los siguientes supuestos “*a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.*”

Al definir su ámbito de aplicación, en su artículo 1º, define la relación laboral como aquella en la que “*los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”, excluyendo entre otras “*f) La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma*”.

Son por tanto esenciales para la tipificación de la relación jurídica como laboral o no, las notas de dependencia versus autonomía, si el trabajo se realiza por cuenta ajena en lugar de con los medios propios, si la retribución/salario mensual se percibe por medio de una nómina estando incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social frente a una retribución mediante factura por el total de servicios prestados o por precios unitarios, que la prestación esté sujeta a IVA o a IRPF, que al trabajador le asisten una serie de derechos de ámbito laboral, así como la fijación de la jornada, horario, vacaciones, permisos, licencias, formación, etc por referencia Convenio Colectivo que resulte de aplicación o duración, etc.

Pues bien en este caso se cumplen las características de:

- dependencia directa del del/la Coordinador/a general de contenidos,
- el trabajo se realiza con los medios ajenos que pone a su disposición Madrid Destino en la Cineteca,
- la retribución, se fija conforme a la categoría laboral de Técnico de gestión

/administrativo, en 30.185,31 euros brutos,

- se establece una jornada de trabajo de 37,5 horas semanales,
- el tipo de contrato laboral es un contrato por obra, su duración es incierta aunque limitada en el tiempo, no pudiendo ser superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior y
- se contempla la adquisición de la condición de trabajador fijo en el caso de superarse la duración máxima prevista para el contrato.

Por todo lo cual, estando ante una procedimiento de selección de personal laboral este Tribunal carece de competencia para conocer del recurso debiendo inadmitirse por dicha causa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por don L.P.V., contra el proceso de selección de un técnico de programación de festivales y cine de ficción CINETECA, convocado por Madrid Destino. Cultura, Turismo y Negocio S.A, por incompetencia del Tribunal.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.