INFORME

En relación con la Normativa Interna de la Universidad de Almería, reguladora de las Encomiendas de Gestión, que será estudiada y, en su caso, aprobada por el Consejo de Gobierno de la UAL, en la sesión a celebrar el día 30 de julio de 2013, el Gabinete Jurídico emite el siguiente informe:

1º) Esta Normativa se eleva al Consejo de Gobierno de la UAL por imperativo legal, a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se prohíbe el aumento de los efectivos personales de las Administraciones Públicas (con cargo al capítulo I de los Presupuestos) y se ordena "recordar" a las empresas de servicios contratadas por la Administración, las prestaciones a realizar, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas.

En definitiva, es necesario evitar los riesgos de que los 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 en virtud de sentencias judiciales.

Así, la Disposición Adicional Primera, Párrafo Primero, del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ya mencionado más arriba, señala textualmente:

"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, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada 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. A tal

Ctra.Sacramento s/n La Cañada de San Urbano 04120 Almería (España) www.ual.es • Telf.: 950 01 53 42 - Fax: 950 01 53 31

fin los citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral".

A tal efecto, la UAL se vio obligada a articular -dentro del plazo concedido y antes del 31/12/2012- las relaciones con los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración Universitaria, clarificando la situación del personal de la empresa contratada.

2º) La UAL tuvo, el año pasado, un caso de cesión ilegal de un trabajador, a consecuencia de una Sentencia Judicial de un Juzgado de lo Social de Almería.

Se efectuó (por parte de la UAL) una solicitud oficial al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para que se concediera autorización para proveer una plaza de personal laboral indefinido, como consecuencia de la referida Sentencia Judicial, porque no olvidemos que estaba legalmente prohibido el aumento de los efectivos personales de las Administraciones Públicas.

El Ministerio reseñado nos envió, con fecha de registro de entrada en la Gerencia de la UAL de 7 de febrero de 2013, unas Instrucciones sobre Buenas Prácticas para la Gestión de las Contrataciones de Servicios y Encomiendas de Gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

Por su parte, la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, dictó la Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios.

3º) Tan pronto se recibieron, en la UAL, las Instrucciones y la Recomendación reseñadas, el Rectorado lo puso en conocimiento del Gabinete Jurídico, encomendándole el asesoramiento legal pertinente.

En la referida documentación, se hacía alusión –entre otros extremos- a lo siguiente:

> 3.A.- *"El Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los 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, que motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010 (BOE de 18 de enero de 2011), por 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 instrumentar 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".

3.B.- *"Esta circunstancia se opone a lo establecido en nuestra Constitución, que prevé en su artículo 103.2, que el acceso a la función pública debe hacerse conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de procedimientos que garanticen, tal y como recoge la Ley 7/2007, de 12 de abril, en su artículo 55 además de esos principios, la publicidad y la transparencia, así como la imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección".*

3.C.- *"Estas instrucciones no deben limitarse a asegurar un cumplimiento meramente formal o documental de tal obligación, sino que deben integrarse en el sistema general de gestión de cada Administración Pública para implicar a todos los niveles jerárquicos de la misma y extenderse al conjunto de actividades del proceso productivo, garantizando el cumplimiento efectivo y real de los servicios externos mediante actividades permanentes de identificación, evaluación y seguimiento de los riesgos que en los últimos años han determinado las declaraciones judiciales de cesión ilegal en las contrataciones de servicios".*

3.D.- *"Además, al constituir estas instrucciones el cumplimiento de una exigencia legal y tener vocación de generalidad evitarán los riesgos de declaraciones judiciales, como las declaraciones de despido nulo, al finalizar los servicios contratados, ya que están encaminadas a buscar una actuación de la Administración más ajustada a la legalidad, pues en la medida en que la Administración, potencial contratante de estos servicios, conozca los riesgos tendrá que neutralizarlos (en este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 28 de febrero de 2011 o la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 298/2005, de 21 de noviembre)."*

3.E.- *"Por ello, en cumplimiento de dicho mandato legislativo, y en el ejercicio de las funciones que corresponden a las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, se dictan las presentes Instrucciones para establecer los criterios comunes de buenas prácticas para la gestión de las contrataciones administrativas de servicios y encomiendas*

de gestión de servicios a entidades que tengan la condición de medio propio e instrumental de la Administración, con la finalidad de evitar la existencia de situaciones en las que se incurra en la figura de cesión ilegal de trabajadores, así como una eventual declaración por vía judicial de la misma".

3.F.- *"1. Ámbito de aplicación. 1. La presente instrucción, y los criterios que en ella se contienen, serán de directa aplicación en los Departamentos ministeriales, agencias, entes, organismos y entidades que formando parte del sector público estatal de acuerdo con el articulo 3.1º del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas en los términos establecidos en el artículo 3.2. de dicha norma".*

Recordar que el reseñado artículo 3.2., incluye a las Universidades Públicas.

"2. Los criterios establecidos mediante la presente instrucción serán de aplicación en relación con los contratos de servicio, especialmente por lo que se refiere al artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como en relación con los que se efectúen en virtud de encomiendas de gestión o realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1. n) y 24.6 del mismo texto legal".

"3. Las presentes instrucciones podrán servir de base a los criterios que, en esta materia, se establezcan en relación con las entidades que, sin estar incluidas en el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, formen parte del sector público estatal.

A tal fin, los distintos Departamentos Ministeriales deberán velar porque los principios y prácticas contenidos en esta instrucción orienten la actuación de las fundaciones, sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público estatal, dependientes, adscritas, vinculadas o relacionadas con los mismos".

4º) Pues bien, recordemos que la UAL –a fecha actual- ya se había dirigido a las empresas de servicios contratadas por la Institución Universitaria, a fin de clarificar las relaciones de estas empresas con sus trabajadores, pero el Gabinete Jurídico indicó al Rectorado que no todos los trabajadores que prestaban sus

servicios en el Campus universitario pertenecían a empresas de servicios; así, entre otros, se encontraba el personal adscrito a la Fundación Mediterránea de la UAL, la cual ha venido suscribiendo en los últimos años diferentes Convenios de Colaboración, para realizar actividades de carácter material, técnico y de servicios, con personal propio de la Fundación, sin afectar al ejercicio de potestades públicas, ni a las competencias atribuidas a la UAL, y ello debido a la coincidencia de intereses con la Institución Académica, ya que el objetivo principal de aquella (Fundación) es la colaboración con ésta (UAL) en el cumplimiento de sus fines.

El Gabinete Jurídico indicó al Rectorado la conveniencia de canalizar las relaciones de colaboración, existentes con la Fundación Mediterránea, a través de la figura de la encomienda de gestión.

A la vista de las Instrucciones de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de fecha 28/12/2012, con registro de entrada en la Gerencia de la UAL el 7/2/2013, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión, cabe concluir que solo se permiten 3 clases de empleados en las Administraciones Públicas:

- Los empleados públicos, ya sean funcionarios o contratados por la UAL.
- Los trabajadores pertenecientes a empresas de servicios contratadas por la UAL.
- Los trabajadores pertenecientes a una entidad o institución que sea objeto de una encomienda de gestión.

La fórmula jurídica para controlar y fiscalizar las actividades de carácter material, técnico y de servicios que realiza la Fundación Mediterránea de la UAL, en desarrollo de los mencionados Convenios y Acuerdos de Colaboración, es la Encomienda de Gestión.

5º) La figura de la Encomienda de Gestión viene regulada expresamente en el Art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Este Art. 15 señala textualmente:

> *"1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.*

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.
3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente.
Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.
4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.
5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo".

Si examinamos los Estatutos de la Fundación Mediterránea de la Universidad de Almería, del año 1999, observamos que la misma se constituyó como una Fundación privada, de interés general y carácter docente y cultural, que tiene como finalidad principal la promoción y fomento de la educación, la cultura y la investigación científica y tecnológica, en el ámbito de la sociedad almeriense.

Pudiera pensarse, en un primer momento, y así lo han interpretado algunos miembros de la Comunidad Universitaria que se oponen a la aprobación de la Normativa Interna sobre las Encomiendas de Gestión, que cuando el Art. 15.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hace referencia a que el régimen jurídico de

la encomienda de gestión no será de aplicación cuando haya de recaer sobre personas jurídicas sujetas a Derecho Privado, podría estar excluyendo a la Fundación Mediterránea porque se constituyó como una Fundación privada, pero esa no puede ser la interpretación jurídicamente correcta, por diversos motivos que señalamos a continuación:

Primero.- Porque se trata de una Fundación de la Universidad de Almería (Artículo 1 de los Estatutos de la Fundación).

Segundo.- Porque se trata de una Fundación de interés general y carácter docente y cultural, que tiene como finalidad principal la promoción y fomento de la educación, la cultura y la investigación científica y tecnológica, en el ámbito de la sociedad almeriense (Artículo 1 de los Estatutos de la Fundación).

Tercero.- Porque se trata de una Fundación cuyo objetivo principal es colaborar con la Universidad de Almería en el desarrollo y cumplimiento de los fines que la legislación y la sociedad le encomienda (Artículo 3 de los Estatutos de la Fundación).

Cuarto.- Porque se trata de una Fundación que colabora en la difusión de las actividades de carácter científico, social y cultural de la Universidad de Almería, actuando como instrumento de cooperación para fomentar, desarrollar y promover la puesta en marcha de proyectos de formación, investigación y cualesquiera otras actividades que sean de interés para la Universidad de Almería y la sociedad almeriense y para el desarrollo económico de la provincia de Almería, como vía para el fomento del empleo (Artículo 3 de los Estatutos de la Fundación).

Quinto.- Porque se trata de una Fundación que forma parte del sector público, según estipula el Articulo 3.1.f), 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: *"[...] forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: [...] f)Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades".*

Al respecto, recordar el capital fundacional de la Fundación Mediterránea de la Universidad de Almería: la aportación del Excmo. Ayuntamiento de Almería (60.000 €), la aportación de la Excma. Diputación Provincial de Almería (120.000 €), la aportación de la Universidad de Almería (120.000 €) y la aportación

del Instituto de Fomento de Andalucía (6.000 €), importan una cantidad total de 306.000 € de capital público, mientras que la cantidad total aportada por capital privado asciende a 114.000 € (s.e.u.o.).

6º) Una vez acreditada la legalidad de la aplicación de la figura de la Encomienda de Gestión por darse los supuestos legales ya referidos, tenemos que informar que esta figura jurídica tiene antigüedad en las Universidades Españolas y en otras Administraciones Públicas, siempre por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Así han actuado la Universidad de Salamanca, la Universidad de Granada, la Universidad de Valladolid, la Universidad Pablo de Olavide, la Universidad de Sevilla, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria, el Ministerio de Ciencia e Innovación,...

7º) De lo expuesto se deduce que la Encomienda de Gestión es una figura jurídica ajena por completo y contraria a una privatización de un Servicio Público, ya que la titularidad del mismo corresponde a la Universidad de Almería, que mantiene las competencias y los elementos sustantivos de su ejercicio y que encomienda la realización de actividades determinadas a la Fundación Mediterránea, pudiendo dictar cuantas resoluciones administrativas y actos jurídicos sean necesarios, siendo imprescindible establecer una normativa interna de la UAL que regule el marco jurídico del desarrollo de la gestión que vaya a ser encomendada, normativa que una vez aprobada por el Consejo de Gobierno de la UAL, se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Tal es mi informe que, como siempre, someto a cualquier otro mejor fundado.

Almería, 29 de julio de 2013.
LA DIRECTORA DEL GABINETE JURÍDICO.

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA · RECTORADO · GABINETE JURÍDICO

Fdo.: Carmen Pilar Pulido Egea.