

El régimen económico y de personal de los entes instrumentales públicos

JUAN MANUEL PÉREZ MIRA

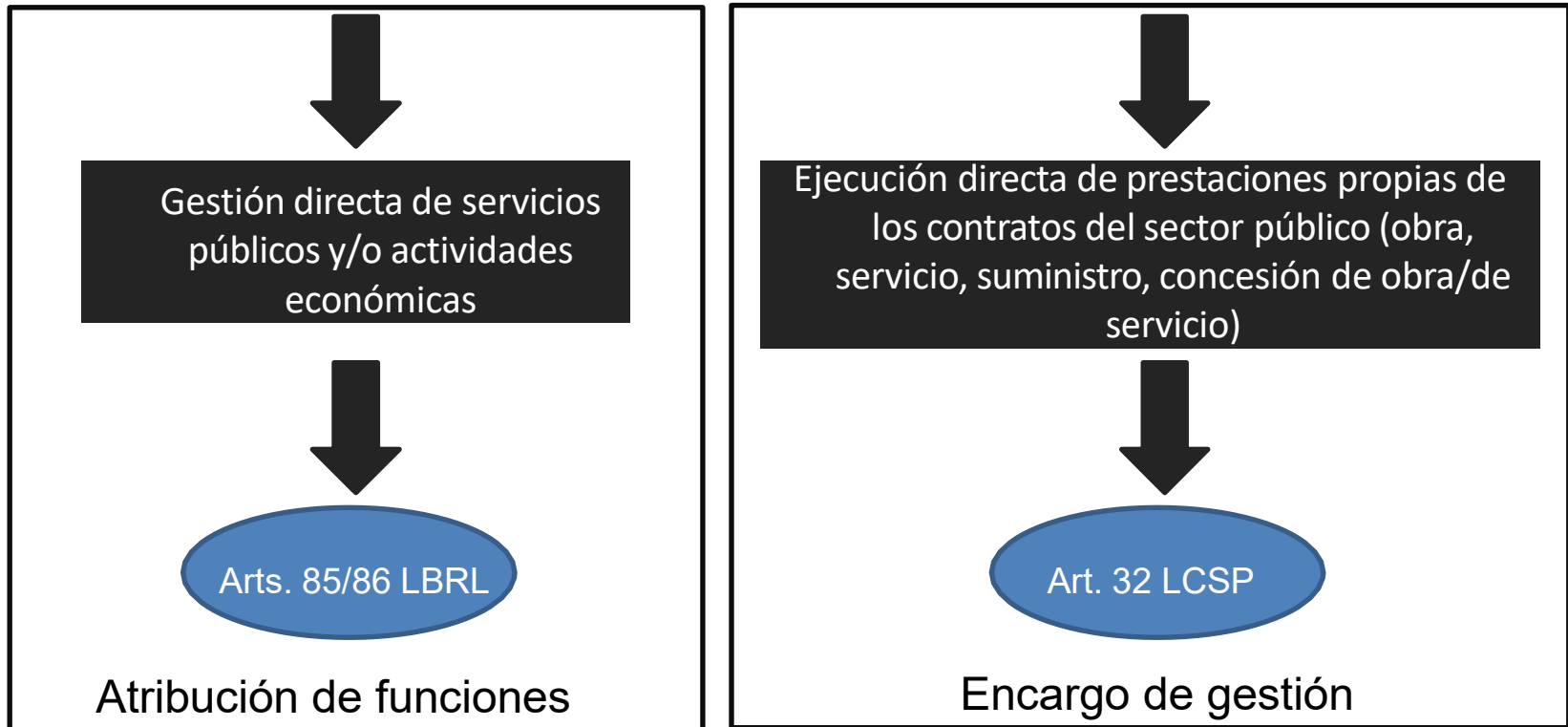
AVS

Seminario formativo sobre el régimen jurídico y económico de los entes instrumentales públicos

10 de octubre de 2023

Atribución de funciones y encargo de gestión

Potestad de autoorganización de la Administración



Idéntica o muy parecida realidad material

Atribución de funciones. Características fundamentales

- Se trata de una forma de gestión directa, aunque **descentralizada y especializada** de los servicios públicos (potestad autoorganizativa) mediante la creación de una nueva entidad o la modificación de una ya existente (modificación del objeto social)
- Debe ser una forma más eficiente y sostenible de gestión que la directa indiferenciada (en el caso de SM/EPEL)
- Plazo de duración indefinido.
- La financiación de las actuaciones (gastos e inversiones) es aprobada anualmente en los documentos que forman parte del presupuesto general municipal:
 - Estado de previsión de gastos e ingresos
 - PAIF
- Gestión autónoma, dentro de las directrices fijadas en el PAIF.
- La financiación provendrá de ingresos atribuidos y/o aportaciones de la administración consignadas en su propio presupuesto (generalmente en Capítulo IV y VII). El libramiento en la forma y manera que se establece en los documentos aprobados (PAIF, Presupuesto de la administración, normas presupuestarias).
- Resulta muy conveniente incluir un apartado específico en las bases de ejecución y/o normas presupuestarias sobre aspectos formales y tramitación (no se trata de un proveedor).

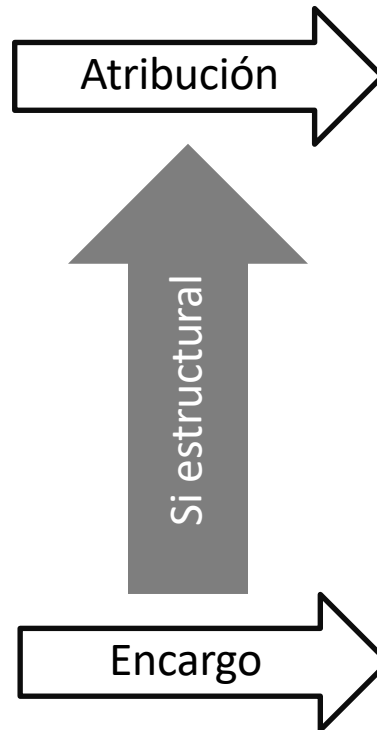
Encargo de gestión. Características fundamentales

- Se trata de una forma de gestión directa de la ejecución de prestaciones propias de los contratos (potestad autoorganización) a través de una entidad ya existente que cuenta con capacidades para ello.
- Debe acreditarse la condición de medio propio (no es necesario en este caso acreditar que se trata de una forma más eficiente y sostenible de gestión aunque es recomendable introducir elementos de eficiencia).
- Plazo determinado (no puede ser indefinido).
- Gestión con estricta sujeción a los términos del encargo (amplia discrecionalidad de la administración en este ámbito).
- La financiación de las actuaciones se determina en el propio encargo mediante atribución de ingresos y/o compensaciones con arreglo a tarifas basadas en el coste real.
- Las aportaciones de la administración serán consignadas en su propio presupuesto, generalmente en sus Capítulos 2/4/6/7.
- El libramiento en la forma y manera que se establece en el encargo aunque resulta muy conveniente determinar estos aspectos al aprobar el régimen jurídico y administrativo de los encargos por el poder adjudicador (art. 32.2 LCSP) y en las bases de ejecución del presupuesto.

Se sitúa en el momento inicial

- Creación
- Modificación

Se sitúa en un momento posterior
sobre una entidad ya existente que cuenta con capacidades



Función/es principal/es:

- Prestación de servicio público
- Ejercicio de actividad económica

Complementario, accesorio, limitado en el tiempo

Ejecución de prestación propia de los contratos administrativos:

- Obra
- Servicio
- Suministro
- Concesión de obra
- Concesión de servicio

ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES

Prestación de servicios transferidos

Se debe realizar por la entidad dependiente con autonomía y suficiencia financiera dentro del siguiente marco:

- PAIF aprobado y sus modificaciones.
- Directrices técnicas municipales.

Financiación

Transferencias en el presupuesto municipal en los capítulos 4, 7 y, en su caso, 8 del presupuesto de gastos del Ayuntamiento.

Las transferencias deberán responder a alguno de los destinos previstos por la norma 6ª Orden EHA/733/2010:

- Financiación del coste de prestación del servicio público.
- Financiación de proyectos específicos de investigación y desarrollo que se incluyan en el marco de la prestación de servicios públicos asignados.
- Aportaciones para financiar inmovilizado afecto a la prestación del servicio público, o para cancelar deudas por adquisición del mismo.
- Financiación de déficits de explotación o gastos generales de funcionamiento de la entidad, no asociados con ninguna actividad o área de actividad en concreto sino con el conjunto de las actividades que realiza.
- Financiación de gastos específicos o inusuales no afectados específicamente a una actividad.

El libramiento de las transferencias se realizará de acuerdo con el calendario aprobado en el **PAIF** y con arreglo al procedimiento dispuesto en las **bases de ejecución del presupuesto**.

Artículo 32.2 LCSP

*“Los **estatutos o acto de creación** del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; **precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir**; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”*

Régimen jurídico

- El medio propio está obligado a la realización de los trabajos y actividades que les sean encargados
- Las relaciones con los entes instrumentales tienen carácter interno, dependiente y subordinado.
- El encargo no implicará, en ningún caso, el ejercicio de autoridad o de otras potestades reservadas a la Administración Pública.

Régimen administrativo

- La entidad que realice el encargo instruirá un expediente en el que se incluirán los trámites técnicos, jurídicos, presupuestarios, de control y de aprobación del gasto.
- Una vez instruido el expediente completo se procederá a la aprobación de un documento de formalización cuya notificación implicará la orden de inicio de la prestación.
- Reconocimiento de que el encargo puede ser modificado y debe ser objeto de liquidación.
- Debe determinarse el órgano de la administración competente para la aprobación, modificación y liquidación de los encargos.

ENCARGO DE GESTIÓN - RÉGIMEN ECONÓMICO

La compensación se establecerá por referencia a **tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado** para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo a:

- el **coste efectivo** soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.
- los **costes reales** de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

El concepto de **“coste real” es un concepto amplio** por lo que cabe entender que incluirá todos los costes que cumplan los siguientes requisitos:

- Vinculados al encargo
- Necesarios para su ejecución
- Efectivamente soportados

Los costes a considerar son de todo tipo siempre que cumplan con los requisitos anteriores y, por tanto, pueden incluir los siguientes:

- Costes directos e indirectos (de estructura, de marketing, promoción, etc.)
- Costes financieros
- Amortizaciones
- Otros costes necesarios, vinculados y efectivamente soportados

El encargo, por su naturaleza de mandato representativo, se encuentra sometido al principio de indemnidad para el mandatario (neutralidad económica)

ENCARGO DE GESTIÓN - PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN Y GESTIÓN

NO EXISTE UN PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO (AUTOORGANIZACIÓN)

El diseño de un procedimiento análogo al del contrato ofrece un “terreno” conocido de actuación con las adaptaciones necesarias dado que no se trata de un contrato

a) Órgano competente

- Se trata del órgano concreto que, **en sede del poder adjudicador** es competente para la ejecución del encargo. Se trata del análogo al órgano de contratación en el caso de los contratos y será, por tanto, en el que resida la competencia para **aprobar, modificar y liquidar** el encargo.
- El órgano competente para cada encargo puede ser el mismo que actúa como órgano de contratación, en función del importe y la naturaleza de las prestaciones del encargo (obras, servicios, suministros, concesión de obra, concesión de servicios) de acuerdo con la normativa aplicable.

b) Plazo de duración

- Siguiendo con el tratamiento análogo al del contrato, como regla general, los plazos asignados a los encargos pueden ser los mismos que los que determina la normativa vigente para los contratos en función de la naturaleza de las prestaciones encargadas.

ENCARGO DE GESTIÓN - PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN

c) Responsable del encargo

Resulta conveniente que exista en la **unidad administrativa que propone** el encargo un responsable del mismo. Las funciones del responsable del encargo serán análogas a las del responsable del contrato.

d) Fases de la tramitación administrativa

Fase contrato	Aplica al Encargo	Fase encargo
Preparación	SI	Instrucción del expediente
Licitación	NO	-
Adjudicación	SI	Aprobación del documento de formalización
Formalización	SI	
Ejecución	SI	Ejecución (incluye liquidaciones parciales)
Modificación	SI	Modificación
Recepción	SI	Liquidación final
Liquidación	SI	

ENCARGO DE GESTIÓN - PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN

e) Plurianualidad

También respecto de los encargos de carácter plurianual debería realizarse un tratamiento análogo al de los contratos en cuanto a las condiciones y limitaciones aplicables sobre los mismos.

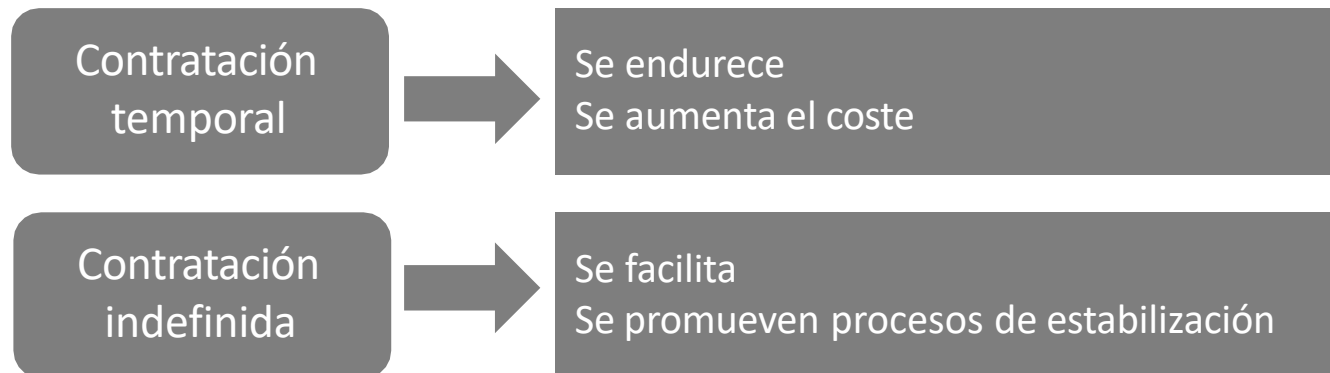
f) Abonos al medio propio

El encargo deberá prever la realización de pagos al medio propio en condiciones análogas a las previstas para los contratos. No obstante, dada la condición de interna de la relación que vincula al medio propio con el poder adjudicador, resulta conveniente incluir la posibilidad de que el poder adjudicador realice abonos a cuenta al medio propio con anterioridad a la realización de las prestaciones encargadas con el fin de facilitar la financiación de las mismas. Resulta muy conveniente, además, que esta cuestión quede reflejada no solo en el documento de formalización sino también en las bases de ejecución o normas de ejecución presupuestaria del poder adjudicador en cuestión (Ayuntamiento o Comunidad Autónoma).

ÁMBITO LABORAL

En el ejercicio 2022 aparecieron una serie de cambios que combinados han modificado de forma muy significativa la contratación de personal en el sector público pasando a ser la contratación INDEFINIDA la que se realice con carácter ordinario

- Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. **(TASA DE REPOSICIÓN – CONTRATACIÓN INDEFINIDA)**
- Real decreto ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo **(CONTRATACIÓN TEMPORAL)**
- Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. **(ESTABILIZACIÓN EMPLEO TEMPORAL)**



CONTRATACIÓN INDEFINIDA

TASA DE REPOSICIÓN DE EFECTIVOS (TRE) art. 20 LPGE23

Se fija, con carácter general, en el 110% elevándose al 120% en el caso de aquellos sectores que la norma define como prioritarios.

TRE: diferencia entre altas y bajas de empleados fijos o indefinidos en el ejercicio inmediatamente anterior.

Novedad importante:

4. Cada Administración podrá autorizar, con carácter extraordinario, una tasa específica que sea necesaria para dar cumplimiento del objetivo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 por ciento de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos, siempre que venga justificado de acuerdo con el instrumento de planificación plurianual con que deberá contar

CONTRATACIÓN INDEFINIDA

SUPUESTOS QUE NO COMPUTAN EN TASA DE REPOSICIÓN

Son los siguientes:

- Las plazas que se cubran como consecuencia de la incorporación de personal en ejecución de ofertas de empleo público de ejercicios anteriores.
- Las plazas que se convoquen por promoción interna, ni los ceses derivados de dichos procesos.
- Las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial.
- **Las plazas necesarias para la puesta en marcha y funcionamiento de nuevos servicios cuyo establecimiento venga impuesto en virtud de una norma estatal, autonómica o local.**
- **En los servicios públicos que pasen a ser prestados mediante gestión directa, el número de plazas que las empresas externas destinaban a la prestación de ese servicio concreto.**
- Las plazas de personal de los servicios de prevención y extinción de incendios que, estando dotadas presupuestariamente, sean necesarias para dar cumplimiento a las previsiones legales o reglamentarias sobre la prestación de dichos servicios, su creación, organización y estructura.
- Las plazas dotadas presupuestariamente de personal de los cuerpos de policía autonómica, dentro del límite aprobado por la Junta de Seguridad correspondiente.

CONTRATACIÓN INDEFINIDA

RDL 32/2021 REFORMA LABORAL

Disposición adicional cuarta. Régimen aplicable al personal laboral del sector público.

Los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos **podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación.**

Sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio, **si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública.**

Igualmente se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Disposición adicional quinta. Contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea.

Se podrán suscribir **contratos de duración determinada** por parte de las entidades que integran el sector público, reguladas en el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y **para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia**, siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación para la suscripción de contratos de duración determinada que resulten necesarios **para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.**

Los citados contratos se realizarán de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

CONTRATACIÓN TEMPORAL

DA 21 / DA 22 / DA 23 LPGE23

La contratación temporal únicamente será posible en los supuestos y con arreglo a las modalidades previstas por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en su redacción dada por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, así como en el resto de normativa aplicable, previa autorización.

Desparece la prohibición general de contratación temporal, salvo para la propia administración y los consorcios, aunque se mantienen los supuestos excepcionales para la realización de contrataciones temporales en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

CONTRATACIÓN TEMPORAL

Se suprime el contrato temporal por obra o servicio determinado, permitiéndose la contratación temporal tan solo por circunstancias de la producción y sustitución de trabajadores.

Se impone como requisito legal expresar la causa de temporalidad indicando:

- causa habilitante
- circunstancias concretas que la justifican
- conexión con la duración prevista.

El contrato por circunstancias de la producción podrá tener dos causas y la siguiente duración:

a) el **incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones** (no incluye la estacionalidad) que generen un desajuste temporal entre la plantilla disponible y la que se requiere, pudiendo extenderse el contrato hasta 6 meses (o, como máximo, hasta 1 año si así lo amplía el convenio sectorial). Se incluye entre las oscilaciones de la actividad las que deriven de las vacaciones anuales.

b) situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada, para las que las empresas podrán utilizar este contrato un máximo de 90 días (no continuados) en el año natural, sin límite de trabajadores.

Se elimina como causa de temporalidad del contrato por circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad ordinaria de la empresa.

CONTRATACIÓN TEMPORAL

El **contrato de sustitución** podrá tener tres causas:

- a) sustituir a una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, en cuyo caso podrá anticiparse el contrato hasta 15 días antes de ausentarse la persona a sustituir.
- b) completar la jornada reducida (por causas legales o convencionales) por otra persona trabajadora.
- c) cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, en cuyo caso el contrato no podrá durar más de tres meses, o el plazo inferior que fije el convenio, ni volverse a suscribir con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

CONTRATACIÓN TEMPORAL

OTRAS CUESTIONES RELEVANTES

A) Se explicita que la **que todo contrato laboral se presume indefinido** y se ajustan todas las situaciones previstas que conllevan adquirir la condición de fijo:

- Fraude de Ley (ahora se alude al mero incumplimiento de los requisitos legales).
- Falta de alta en Seguridad Social más allá del período de prueba (se elimina la salvedad de que la naturaleza de la actividad sea temporal).
- Encadenamiento de dos o más contratos temporales:
 - Por la misma persona. Se pasa de 24 meses en un período de 30 meses, a 18 meses en un período de 24 meses (en este plazo computa ETT).
 - En el mismo puesto. Se añade que también adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo ocupado antes, con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un período de 24 meses, mediante contratos temporales por circunstancias de la producción o mediante ETT.

Estos nuevos límites se aplicarán a los contratos suscritos a partir del 30/12/21. A los efectos del nuevo cómputo, no se tendrán en cuenta los contratos anteriores a dicha fecha.

B) Se **endurece el régimen sancionador** frente a incumplimientos en materia de contratación temporal.

C) Se modifica el sistema de cotización adicional para los contratos temporales que pasa a **penalizar con mayor cotización** a todos los contratos inferiores a 30 días (antes 5 días).

MASA SALARIAL

En el año 2023, **las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 3,5% (2,5% + 0,5% + 0,5%)** respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2022, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo con las siguientes consideraciones:

- Los gastos de acción social se mantienen “congelados” respecto de los de 2022.
- Sólo se podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos siempre que ello no conlleve la superación del incremento global anteriormente referido del 2%.
- Los gastos de acción social y la productividad o retribución variable del personal laboral se determinarán en términos de homogeneidad respecto al número de efectivos.

Además, y como viene siendo habitual:

1) La limitación al crecimiento de la masa salarial se aplicará sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por:

- el contenido de los puestos de trabajo
- la variación del número de efectivos asignados a cada programa
- el grado de consecución de los objetivos fijados

2) Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a dicho límite global deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo.

PERSONAL DIRECTIVO

DA 12 LBRL

- Introduce en el régimen local los conceptos de “máximo responsable” y “directivo”
- Determina el tipo de relación que vincula a estas figuras con la entidad

Disposición adicional duodécima. Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno.

1. Las retribuciones a fijar en los **contratos mercantiles o de alta dirección** suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada **máximo responsable, directivo o personal contratado**.

Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

PERSONAL DIRECTIVO

REAL DECRETO 451/2012

- Regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público de la AGE
- Introduce la definición de estas figuras (art. 3) y el régimen de contratación (art. 4)

a) **Máximo responsable:** el Presidente ejecutivo, el consejero delegado de los consejos de administración o de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades previstas en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de este real decreto con funciones ejecutivas o, en su defecto, el Director General o equivalente de dichos organismos o entidades. En las sociedades mercantiles estatales en las que la administración no se confíe a un consejo de administración será máximo responsable quien sea administrador.

b) **Directivos:** son quienes formando parte del consejo de administración, de los órganos superiores de gobierno o administración, o actuando bajo su dependencia o la del máximo responsable, ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones emanadas del máximo responsable o de los órganos de administración.

Cuando las funciones de Presidente y Director General o equivalente sean ejercidas por dos personas diferentes la dependencia podrá tener lugar indistintamente respecto del Presidente o del Director General o equivalente. En todo caso se considerarán directivos a los que se atribuya esta condición en su legislación reguladora.

1. Quienes asuman las funciones de máximo responsable de las sociedades mercantiles estatales, formando parte de su consejo de administración o siendo administradores en ausencia de consejo de administración, estarán vinculados profesionalmente con las mismas por **contrato mercantil**.

2. Los máximos responsables no previstos en el apartado anterior y los directivos, estarán vinculados profesionalmente por un **contrato de alta dirección**.