Reparo suspensivo expediente 0005-0402-2021-000090

ANTECEDENTES

Se propone por parte del Servicio de I+D+i un Encargo al Centro Europeo de Empresas e Innovación de Navarra S.L. (en adelante CEIN) de la ejecución de trabajos de apoyo en la gestión de diversas ayudas y otras tareas técnicas en el año 2022 en el Servicio de I+D+i.

El pliego del mencionado encargo recoge en su punto 2 tres tipos de actuaciones a desarrollar por parte de CEIN

A) Seguimiento y justificación de distintas ayudas gestionadas por el Servicio de I+D.
B) Carga de datos y apoyo en las auditorías de fondos Next Generation
C) Carga de datos de SICTI

Dentro de estas labores, la que supone un mayor punto de conflicto y sustancia la interposición del presente reparo suspensivo es la primera. La misma recoge la participación del ente instrumental en la revisión de dos tipos de pagos, siendo el primero de ellos el siguiente:

"Justificaciones completas y cierre de expedientes: Se trata de revisar la documentación justificativa completa asociada a la ayuda, realizar comprobaciones administrativas como la doble financiación y en algunos casos visita a las instalaciones de las entidades beneficiarias acompañando al personal del Servicio de I+D+i. En la mayor parte de los expedientes se requieren subsanaciones de la documentación presentada, lo que implica una mayor dedicación al expediente… Como resultado de las comprobaciones se tiene que elaborar un informe reflejando todas las tareas realizadas y los importes válidamente justificados. La revisión y análisis de estas actuaciones y la propuesta de resolución de cada expediente corresponderá al personal del Servicio de I+D+i."

La segunda de las comprobaciones a realizar por parte de CEIN tendría lugar en los pagos a cuenta: "a partir de una declaración de gasto y de un informe de situación del proyecto se realizan diversas comprobaciones como que se han presentado los documentos obligatorios según las bases reguladoras de la ayuda, que se han presentado en plazo, que las actividades y cuantía globales de los importes declarados tienen encaje en los importes aprobados en la resolución de concesión".

Identificamos aquí varias tareas cuyo encargo es cuestionable por parte de esta intervención delegada: "revisar la documentación justificativa completa", "realizar comprobaciones administrativas", "visita a las instalaciones", "requerir subsanaciones", "elaborar un informe reflejando todas las tareas realizadas y los importes válidamente justificados", "presentación de los documentos obligatorios", "presentación en plazo" o "que las actividades y cuantía globales de los importes declarados tienen encaje en los importes aprobados en la resolución de concesión", dado que se encuadrarían en lo que se entienden actividades a desarrollar dentro del procedimiento administrativo, definición recogida en la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que lo configura como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la

voluntad de la Administración. Voluntad que acabará por materializarse en este caso en una Resolución de pago.

Señalar también que en el informe justificativo del encargo que forma parte del expediente se afirma que no se considera procedente efectuar estos trabajos por el Servicio de I+D+i por insuficiencia de los medios personales y materiales con que cuenta para cubrir las necesidades que se tratan de satisfacer a través del encargo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En primer lugar, conviene fijar qué se entiende por acciones en el ámbito de las ayudas gestionadas por el servicio de I+D+i. No puede entenderse de otra manera que como la participación, aunque sea de manera totalmente accesoria, en los procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones que gestiona el mencionado servicio. Por lo tanto, estamos ante el análisis de la posibilidad de que en el trámite de procedimientos administrativos exista una mayor o menos intervención de personal ajeno al personal estatutario del órgano administrativo para así poder determinar después si personal de CEIN puede realizar estas funciones dentro de un procedimiento de gestión de subvenciones.

Esta primera cuestión ha sido ampliamente recogida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de 14/09/2020 (Nº sentencia 1160/2020, Nº recurso 5442/2019). La misma contiene referencias que son de total aplicación a la problemática que nos ocupa y que se exponen a continuación.

Apunta la misma que “si la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de las decisiones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades públicas y que dicho procedimiento está sometido a las normas que lo regulan, debe señalarse que, en cuanto que persona jurídica, la Administración Pública ha de actuar mediante órganos” y que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 40/2015, “tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”. Esa competencia que poseen los órganos administrativos es irrenunciable.

Partimos de que la actividad administrativa ha de realizarse mediante procedimiento establecido, tramitado por unidades administrativas del órgano que tenga la competencia. Pero esas unidades deben integrarse con personas físicas que desarrollen esa actividad. La sentencia hace referencia al artículo 8 de las Texto Refundido de la Ley del Empleado Público: "quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales." Y de manera específica dispone el artículo 9 en su párrafo segundo, que preceptivamente " el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca."

Siendo así, queda claro que las Administraciones Públicas desarrollan su actividad médiate su propio personal, sometido a una relación jurídica de carácter administrativo. Esta relación genera importantes derechos y deberes, entre los que se encuentran la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda actividad pública. Esto no

quiere decir que la Administración no pueda acudir a personal ajeno al suyo propio; cuando fuere necesario puede adquirir bienes, realizar obras o contratar servicios para su propia actividad prestacional, servicios que indudablemente se pueden hacer mediante medios propios como lo son los entes instrumentales. No obstante, lo que en ningún caso pueden hacer estos entes es tramitar procedimientos que puedan afectar a los ciudadanos. Por lo tanto, la Administración puede auxiliarse en terceros para la ejecución material de lo que dicta una resolución, pero no para su tramitación.

"También debe señalarse que no es admisible, para alterar esa exigencia, pretender hacer una distinción dentro del procedimiento entre actuaciones esenciales y accesorias del procedimiento para someterlas a un régimen diferente pretendiendo reservar aquellas al personal estatutario –aunque propiamente lo es a las autoridades que deben decidir-- y estas susceptibles de poder desempeñarse por terceros" apunta la sentencia. Las actuaciones accesorias condicionan la tramitación y la resolución final, que como ya se ha apuntado requiere la intervención de funcionarios no solo porque es el personal específicamente idóneo para la tramitación (ha pasado un proceso de selección y formación) sino porque está sometido a un régimen de responsabilidad "que no es sino garantía de los ciudadanos de una correcta tramitación de los procedimientos". No cabe, según el Tribunal Supremo, "desmerecer la capacidad y formación del personal que la Empresa Pública pone al servicio del Organismo de Cuenca, que la Sala territorial no cuestiona en modo alguno; se trata simplemente que no cabe presumir en ese personal la capacidad técnica especializada, la objetividad, la imparcialidad y la responsabilidad que cabe presumir en los empleados públicos cuya regulación y estatuto está directamente orientado a alcanzar las exigencias que impone la actividad administrativa.

Para terminar, en la sentencia no niega que la Administración Pública no pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos, pero sí que se opone a que se externalice la actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse actos administrativos. Más aún, reconoce que en la pura tramitación del procedimiento puedan intervenir terceros, pero limitándose a intervenciones "de un auxilio y asistencia técnica puntual en y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades." Pero esto debe interpretarse como tareas del tipo notificaciones o presentación de documentos o actos cuyo contenido presenta complejidades y dificultades técnicas, Es decir, situaciones que escapan al conocimiento técnico del órgano gestor, por lo que debe recabar ayuda de expertos.

Acudiendo a lo apuntado en los antecedentes de este reparo, es el propio servicio de I+D+i el que reconoce que es la insuficiencia de medios personales y materiales con la que cuenta la que fundamenta el encargo, sin mencionarse que las peculiaridades de las labores a encargar fundamenten la necesidad del mismo.

Po otra parte, el pliego hace referencia a las pautas consensuadas de actuación en los encargos a entes instrumentales por parte de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Estas, en el apartado relativo a la pista de auditoría y pautas de control en la ejecución de los encargos apunta que "3. Las prestaciones que se lleven a cabo en los encargos de actividad deben ceñirse a trabajos técnicos, auxiliares y de apoyo y no pueden sustituir, en ningún caso, las funciones que corresponde realizar al personal de las unidades administrativas." Esto iría totalmente de frente con lo que apunta el citado informa de justificación del encargo en el que se hace referencia a la insuficiencia de medios en cuanto a personal administrativo por lo que se está señalando que el mismo no alcanza a realizar las funciones que le corresponden. Este documento también recoge lo siguiente: "4. Los informes de control previos a los pagos o a las

acciones de recuperación de ayudas deben ser elaborados en todo caso por el personal de las unidades administrativas. El personal de las empresas públicas puede auxiliar a la unidad gestora en las tareas de índole técnica." Las labores señaladas en el pliego se recogen claramente para esta intervención delegada dentro de los denominados controles previos a los pagos, a realizar por unidades administrativas (revisión de documentaciones justificativas, realizar comprobaciones administrativas…).

Concluye la sentencia del Tribunal Supremo que todas las actuaciones (accesorias o principales) llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración son nulas de pleno derecho, y, por tanto, pero derivación, las resoluciones que las dictan.

En otro orden, esta intervención delegada está sometida a los principios que regulan el control interno de la gestión económico financiera del sector público foral, recogidos en la LF 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra (LFHP), y según su artículo 95.2 "El control a que se refiere este título se ejercerá con plena autonomía respecto al órgano o entidad cuya gestión sea objeto de control. A tales efectos, los funcionarios y empleados de cualquier orden que lo realicen gozarán de independencia funcional respecto de los titulares de los órganos cuya gestión controlen y ajustarán su actuación a la normativa vigente y a las instrucciones impartidas por la Intervención General." El criterio recibido por esta intervención delegada es que aquellos encargos que encubran auténticas contrataciones de personal, desviando hacia capítulo II conceptos que deberían financiarse con capítulo I no sean fiscalizados positivamente, más aún cuando se trata de un nuevo encargo como es el caso. Esta intervención es consciente de que en el ejercicio 2020 se realizó un encargo que resultó exento de fiscalización por ser inferior al importe señalado en el Reglamento de Control Interno, habiéndose lanzado previamente por una cuantía mayor y reparado por esta intervención. Dicho encargo no puede concebirse como una continuación de éste ya que la cuantía del mismo se sitúa en poco más de una décima parte del presente.

CONCLUSIÓN

No puede ser objeto de encargo ni el seguimiento y recisión de la documentación justificativa en subvenciones y la emisión del pertinente informe, en análisis de los resultados ni ningún otro acto dentro del procedimiento de gestión de las mismas, ya que el mismo no cabe duda de que es un procedimiento de carácter administrativo y exige que sea efectuado por personal que cumpla con las características exigidas a los mismos y antes mencionadas tanto de capacitación como de objetividad, imparcialidad y sometimiento a Derecho que debe regir en la actividad pública.

Como anteriormente se señala, una actuación, tanto accesoria como principal realizada personal ajeno a la Administración y que determine la resolución que culmina el procedimiento es nula de pleno derecho, y, por tanto, pero derivación, la resolución que se dicte también lo será. El artículo 101.2, cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto se formulará reparo que suspenderá la tramitación del expediente. El tramite omitido en este caso es la intervención de personal administrativo en el procedimiento que da lugar al acto.

Por otra parte, el principio de jerarquía interna determina que esta intervención delegada deba tener en cuenta las instrucciones recibidas por la Intervención General en cuanto a los nuevos

encargos que conllevan incorporación de personal que debiera ser contratado administrativo de manera que no paguen estos servicios por capítulo II.

Además, las pautas de actuación consensuadas para los encargos apuntan que no se puede sustituir, en ningún caso, las funciones que corresponde realizar al personal de las unidades administrativas.

Para terminar, esta intervención considera que la falta de personal administrativo necesario para gestionar lo distinto procedimientos que configuran la actuación administrativa no pueden ser sustituidos mediante encargo o contratación, ya que se trata de personal laboral no administrativo y no está sujeto a las garantías que la ley y la jurisprudencia considera necesarias para la participación en el procedimiento administrativo.