Recibida para su fiscalización la propuesta del Servicio de Economía para la aprobación mediante resolución de la orden de ejecución o encargo impartida a GAN, cuyo objeto es la realización de los trabajos de asistencia técnica en materia de autorizaciones ambientales de instalaciones industriales durante el periodo 2022-2024, cuya documentación una vez examinada y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 13/2007 y el artículo 21.2 del Decreto Foral 31/2010, de 17 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de control interno, se emite el presente informe desfavorable, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El pliego señala que “el trabajo consistirá en la intervención de técnicos asesores de GAN en la tramitación de expedientes administrativos, desarrollando las tareas auxiliares y de apoyo que más adelante se detallan, conducentes a la elaboración de propuestas de informes de carácter medio ambiental, que servirá de apoyo para que, posteriormente, el personal técnico del Servicio de Economía Circular y Cambio Climático elabore el informe definitivo o la propuesta de resolución, según sea el caso, que ponga fin al expediente administrativo.

Los tipos de expedientes administrativos en los que podrán intervenir el personal técnico asesor emitiendo informe corresponden a los diferentes procedimientos administrativos de los regímenes autorizatorios de autorización ambiental integrada, autorización ambiental unificada, autorización de apertura, autorización de vertidos, autorización de emisiones a la atmósfera y planes de gestión de estiércoles, así como, a los procedimientos de consultas de diferente tipo”.

Así mismo indica: “El informe elaborado se incorporará a las aplicaciones informáticas utilizadas actualmente en el Departamento de Desarrollo Rural y Medio Ambiente, para la gestión de los mencionados expedientes administrativos. Para ello, se deberá intervenir en el flujo de tramitación de cada procedimiento mediante la incorporación de los informes técnicos debidamente firmados por el personal técnico de GAN que los hayan elaborado”.

Según el artículo 70 de la ley 39/2015 **Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.**

2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

4. No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.

Por tanto, a la vista de la descripción de las tareas e informes a elaborar que integran el objeto del encargo, se puede afirmar que no tienen el carácter auxiliar o de apoyo al que alude el anterior artículo, sino que se trata de actuaciones e informes preceptivos que integran el expediente administrativo y que servirán de fundamentos a la resoluciones administrativas, asumiendo, por tanto, el ente instrumental todos los actos de trámite (por ejemplo: Análisis y evaluación de los diferentes aspectos medioambientales, vertidos, ruidos, emisiones, residuos en relación con el proyecto presentado, revisión de los documentos de referencia sobre MTD's del sector correspondiente, Revisión de los requisitos MTD's del RD 306/2020 y del RD 637/2021, cumplimentación de los datos del proyecto y del expediente en la Base de Datos, elaboración de requerimientos de mejora de documentación, si procediera, celebración de reuniones con técnico redactor del proyecto, elaboración de propuesta de informe medioambiental).

Se trata de actuaciones que van a implicar actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo, actuaciones coincidentes prácticamente en su totalidad con las competencias atribuidas normativamente al centro directivo que las promueve,

difícilmente desvinculables del ejercicio de potestades administrativas, que están reservadas a los funcionarios públicos.
Ante esta situación debe recordarse como los Tribunales de Justicia están procediendo a declarar la nulidad de los acuerdos u órdenes de encomienda llevados a cabo con medios propios cuando estos han incluido el ejercicio de potestades públicas y que dentro de este concepto entienden comprendidas las tareas de valoraciones, tratamiento de documentos administrativos, las tareas organizativas de los expedientes, etc., ya que implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo.
El primero de los límites que no puede franquear la Administración encomendante cuando recurre al uso de la encomienda es que a través de su empleo se altere de facto la titularidad de la competencia mediante la sustitución de los órganos por los medios propios en el ejercicio de las actividades que como tales les corresponden por los medios propios, y menos aún que ello pueda tener lugar de forma sistemática o habitual.
Estas circunstancias, difícilmente compatibles con la esencia de la figura del encargo, devienen en claramente contrarias al ordenamiento jurídico cuando incluye actividades que llevan aparejado el ejercicio de potestades públicas, suplantando funciones reservadas a los funcionarios. En este sentido, el art.3.2 del Decreto Foral 23/2014 de 19 de febrero por el que se regulan los encargos a entes instrumentales, dice:" Los encargos que se realicen no implicarán, en ningún caso, el ejercicio de autoridad o de otras potestades públicas inherentes a la Administración Pública. Así mismo, el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 abril, dispone que "En todo caso, 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".

La finalidad de las encomiendas es dar respuesta a necesidades puntuales, por razones de especificidad, complejidad y carácter técnico de las prestaciones a realizar, a las que pueden dar respuesta los entes instrumentales especialmente habilitados para ello. Por ello el uso característico y adecuado de esta figura es la realización de actividades de carácter técnico o material que tienen carácter excepcional y se plasman en un resultado concreto.

Sin embargo, de manera generalizada la encomienda se está utilizando para la satisfacción de necesidades de carácter permanente derivadas de la existencia de déficits estructurales de plantilla. Se trata de encomiendas de actividad, de carácter estructural, reiteradas en el tiempo, que no responden al carácter específico que deben de tener los encargos. Dado el carácter excepcional que tiene la aplicación de la doctrina "in house providing" por parte del TJUE, no cabe que un poder adjudicador se provea de apoyo para la mayoría de las actividades que realiza a través de un medio propio, sino que ha de utilizarlo para aspectos determinados.
Los tribunales consideran que hay cesión ilegal de trabajadores cuando se están ejerciendo funciones que deberían llevarse a cabo por personal funcionario, calificando de participación en funciones públicas la realización reiterada de informes técnicos que se incorporan al expediente administrativo y sirven para redactar una Resolución o cuando el objeto del encargo comprende funciones que pudieran exceder el concepto de "mera actividad material, técnico o de servicio" propio de las encomiendas y que pudieran suponer directa o indirectamente el ejercicio de competencias o potestades administrativas, en unos casos porque el objeto de la encomienda ha sido definido de forma tan genérica que ha resultado coincidente con la competencia atribuida normativamente al órgano encomendante; en otros porque implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo; y, finalmente, en otros, porque cuando menos se ha detectado una confusión entre el desempeño de la encomienda y el desempeño ordinario de las competencias propias de las unidades administrativas.

Así, la encomienda examinada se extiende más allá de lo que serían concretas y específicas prestaciones técnicas para permitir el ejercicio de la competencia para extenderse y alcanzar la inmensa mayoría de los actos de tramitación del procedimiento administrativo que serían de la competencia de los funcionarios públicos y por ello de las entidades de derecho público y no del personal laboral ni de las empresas públicas.

En este sentido, procede traer a colación la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 24 de febrero de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictada en la impugnación de una disposición organizativa de la Comunidad Autónoma y con referencia a una abundante doctrina jurisprudencial, en la que tras indicar que la norma impugnada no

atribuye potestades administrativas al personal laboral, sino que respeta la reserva de ese ejercicio a los funcionarios públicos que se adscriban, precisa que <<**no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia**, que en este caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, **pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios**. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo, "que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución etc., de naturaleza indudablemente administrativa"…>>. El medio propio tampoco puede mantener capacidad directa de interlocución con los implicados que, siempre, deben relacionarse con la Administración.

Por otra parte, es recurrente la justificación de la utilización del encargo por alusión a los insuficientes medios personales y materiales con que cuenta la Administración en contraposición al personal especializado y capacidad técnica del que dispone el ente instrumental para responder a las necesidades del Servicio.

Así, los encargos en realidad, cubren déficits estructurales de plantilla, como ya se ha señalado y esta situación tiende por otra parte a agravarse en la medida en que permanecían congeladas las partidas del Capítulo 1 (Gastos de personal, de tal forma que mientras las plantillas de personal propio han experimentado un decrecimiento vegetativo inexorable, no sufren idéntica corrección los servicios y las actuaciones públicas desarrolladas mediante la intervención de terceros, por lo que el único efecto de aquéllas es que las necesidades han pasado a ser satisfechas bien mediante la contratación externa o bien mediante el recurso a los encargos. Sin duda, la operatividad de algunas de las unidades administrativas de la Dirección General aparece íntimamente supeditada al empleo de este recurso, en la mayor parte de los casos porque permite suplir las carencias de personal existentes, en otros por la menor carga administrativa que implica su empleo.

Al respecto no debe olvidarse que el artículo 69.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de Octubre “La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”.

En este contexto parece imprescindible que el recurso a los encargos, como forma habitual de gestión, sea tenida muy en cuenta a la hora de llevar a cabo la planificación estratégica de los órganos afectados, ligada estrechamente a la planificación de recursos humanos a fin de evitar que el empleo recurrente de esta figura sin criterios estratégicos predeterminados provoque una progresiva descapitalización de recursos humanos en los órganos administrativos, lo que podría suponer una posición de dependencia o falta de autonomía respecto del ente instrumental que realiza habitualmente esos trabajos.
En este sentido debiera tomarse en consideración la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla antes citada, con la finalidad de adaptar las necesidades organizativas a las exigencias que impone el régimen legal de la Función Pública y la extensión que debe atribuirse a las encargos a los medios propios, evitando que tales encomiendas se extiendan sobre materias que resultan propias de la Función Pública, impidiendo que se extienden más allá de lo que serían concretas y específicas prestaciones técnicas para alcanzar a lo que serían la inmensa mayoría de los actos de tramitación de procedimientos administrativos que serían de la competencia de los funcionarios públicos y no del personal laboral.
La teoría de la organización administrativa nos dice que la Administración directa servida por funcionarios ejerce potestades administrativas y la Administración instrumental, cuando se ejerce a través de sociedades de capital público pero en régimen jurídico-privado y con personal laboral, debe limitarse a ejercer funciones técnicas o de colaboración administrativa pero sin asumir potestades administrativas ni mucho menos llevar a cabo propuestas de resolución o decisión en expedientes administrativos.

Por las razones expuestas se formula reparo suspensivo fundamentado en lo previsto en el artículo 101.2 apartado d) de la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril," cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto, o cuando la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos a la Hacienda Pública de Navarra o a un tercero. "

En caso de disconformidad, puede plantearse la discrepancia prevista en el artículo 102.2 a) de la Ley 13/2007 y el artículo 22 del Decreto Foral 31/2010, ante la Intervención General.

Pamplona diciembre de 2021

Intervención Delega