**ANEXO XXI**

**DIRECTRICES DE ACTUACIÓN EN ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y CONTRATOS DE SERVICIOS**

**En virtud de Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular adoptado en sesión ordinaria celebrada el 14 de julio de 2008, se aprueban las directrices de actuación en Encomiendas de Gestión y Contratos de Servicios.**

**A) DIRECTRICES DE ACTUACIÓN RELATIVAS A LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN.**

En las Bases de Ejecución del Presupuesto del Cabildo Insular de Tenerife, se establece la necesidad de que las Áreas gestoras de la Corporación pongan en conocimiento del Servicio de Presupuestos y Gasto Público las encomiendas que efectúen. Concretamente, en la Base 80º de las de Ejecución del vigente Presupuesto, bajo la rúbrica de “*encomiendas de gestión*”, se dispone lo siguiente:

“*Aquellas encomiendas de gestión que realicen las distintas Áreas gestoras, de conformidad con la normativa aplicable, a favor de sociedades de capital íntegramente público, deberán ser puestas en conocimiento del Servicio de Presupuestos y Gasto Público a los efectos de que, por ese Servicio, se pueda efectuar un correcto seguimiento y control de la actividad de estas sociedades.*”.

De los antecedentes, datos y documentación con que cuenta el Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica de la Corporación, así como lo previsto en la mencionada Base de Ejecución, se estima insuficiente la regulación de los recursos humanos que se adscriban a las citadas encomiendas y se desprende la necesidad de establecer unos criterios que puedan ser útiles a los Servicios de esta Corporación para desarrollar esta forma especial de gestión de competencias administrativas.

La constatación de estas circunstancias, así como las consideraciones vertidas por la Jurisprudencia en sentencias a efectos de diferenciar la figura contractual referida de otras afines, especialmente de las cesiones de trabajadores prohibidas por la legislación laboral, justifican la necesidad de elaborar unas directrices en esta materia que puedan contribuir a establecer, de forma clara y concisa, las actuaciones en las que haya de concretarse el contenido y ejecución en materia de recursos humanos de las citadas encomiendas de gestión.

 Por lo expuesto, en ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 15.3 de la ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, atendiendo a los antecedentes que obran en esta Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica y con el objetivo de unificar criterios de actuación en esta materia y aclarar algunos de los aspectos en los que se han detectado dificultades en la gestión administrativa, se propone la aprobación de los siguientes directrices y características a tener en cuenta en la tramitación y ejecución de las encomiendas de gestión que lleven a cabo las diferentes Áreas gestoras de la Corporación siempre y cuando impliquen la adscripción y/o contratación de medios personales para su ejecución.

1.- En la encomienda se ha de concretar la *actividad de carácter material, técnico o de servicios* objeto de la misma. Se ha de tratar de una actividad que se encuentre dentro del objeto social de la entidad encomendada; Por ello, conviene definir con precisión las tareas que constituyen el objeto de la encomienda.

Además, será necesario justificar en el expediente las razones habilitantes de la encomienda, ya sean de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Por último, será requisito indispensable, como prevé el art. 15.3 de la Ley 30/92, que, en todo caso, el instrumento de formación de la encomienda de gestión y su resolución deba ser publicado, para su eficacia en el Diario oficial correspondiente.

2.-Será procedente por el Área gestora la definición de los recursos humanos y materiales necesarios para el desarrollo de la encomienda, que deberá adscribir la entidad encomendada, no indicando en cuanto a los medios personales categoría profesional, pero sí indicando número, titulación académica y funciones a desarrollar por el personal de la entidad encomendada.

3.- No existirá dependencia jerárquica entre el personal de la entidad encomendada y la Administración, ya que dicho personal no puede recibir órdenes directamente de ésta última. Las órdenes deben comunicarse al Coordinador de la encomienda o persona de la entidad encomendada que se designe, que será la persona que, a su vez, transmita las órdenes al personal adscrito a la encomienda.

En ningún momento podrán confundirse el personal de la Administración encomendante y el personal de la entidad encomendada, por lo que no es posible que uno sustituya al otro habida cuenta de que la relación laboral la mantiene la entidad encomendada y no la Administración encomendante.

4.-La entidad encomendada debe contar con la *estructura organizativa y con los medios propios o* *cedidos* necesarios para ejecutar las prestaciones objeto de la encomienda.

Por tal motivo, no se pondrá a disposición del personal de la entidad encomendada:

* Dirección en el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife a efectos de recibir correspondencia.
* Cuenta de usuario o Correo electrónico bajo el dominio del Cabildo Insular.
* Teléfono en el que figure como usuario (en listados, Internet, etc.).
* La Corporación no autorizará la participación del personal de la entidad encomendada en cursos del plan de formación del ECIT, ni tampoco sufragará ningún tipo de actividades formativas a dicho personal.
* La Corporación Insular no debe facilitar al personal de la entidad encomendada mesa, ordenador, vehículo, maquinaria, herramientas, etc., ni particularmente, un espacio propio en el que se desarrolle también la actividad de la Administración. Por tanto, el centro de trabajo en el que se desarrolle la encomienda debe ser independiente de las dependencias en las que preste servicio el personal al servicio directo de la Corporación.

Ello sin perjuicio de que el personal de la entidad encomendada pueda acudir a las dependencias administrativas las veces que resulten necesarias para recabar la información, o los datos precisos para realizar las tareas objeto de la encomienda.

Excepcionalmente, y por la naturaleza específica de los trabajos encomendados, podrá existir el desarrollo de trabajos en parte concreta e independiente de un centro de trabajo de la Corporación, previa autorización expresa, en ese caso, del Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica.

Las demás cuestiones laborales del personal de la entidad encomendada (tales como permisos, vacaciones, horario de trabajo, turnos, bajas, etc) se resolverán directamente entre su empleador (entidad encomendada) y el propio empleado, sin ingerencias de la Administración encomendante.

5.- La Administración no deberá indicar a la entidad encomendada quienes son las personas a contratar para el desarrollo de la encomienda, ya que ello choca frontalmente con los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público aplicables a todas las entidades encomendadas ya sean entes de derecho público o sociedades mercantiles públicas.

Por tanto, será la entidad encomendada la que seleccione al personal a adscribir a la encomienda de gestión, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 y D.A.1ª de la Ley 7/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, sin que participe la Corporación en dicha selección.

6.- En el caso de que la actividad encomendada no tenga carácter excepcional y puntual en el tiempo, se intentará por las Áreas gestoras, en la medida de lo posible, otorgar estabilidad temporal a las encomiendas que se efectúen en aras a facilitar a las entidades encomendadas la planificación de los recursos humanos necesarios a adscribir al desarrollo de las encomiendas.

En consecuencia con los criterios expuestos se concluye que, en las encomiendas, el Cabildo Insular de Tenerife ha de evitar dirigir la ejecución de los trabajos dando órdenes directamente al personal de la entidad encomendada, otorgar permisos vacacionales retribuidos, poner a disposición de dicho personal recursos materiales y humanos para la realización de los trabajos y, en general, otorgar cualquier medio o realizar cualquier control que pueda suponer la integración del adjudicatario en la organización administrativa, ya que todo ello es propio de una relación laboral.

La entidad encomendada debe gestionar completamente la encomienda en todos sus aspectos y con los criterios que estimase oportunos dentro de las directrices generales marcadas por la Administración encomendante, y con los medios propios o cedidos por la Administración.

**B) DIRECTRICES DE ACTUACIÓN RELATIVAS A CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS (Y ANTIGUAS ASISTENCIAS TÉCNICAS) CON PERSONAS FÍSICAS.**

Desde el año 2004, en las Bases de Ejecución del Presupuesto del Cabildo Insular de Tenerife, se establece la necesidad de que los Servicios gestores de la Corporación recaben informe de la Dirección Insular de Recursos Humanos con antelación a aprobación de los antiguos contratos de asistencia técnica y de servicios que tramiten con personas físicas y cuyo gasto se impute al capítulo 2. Concretamente, en la Base 90º de las de Ejecución del vigente Presupuesto, bajo la rúbrica de “*asistencias técnicas y servicios*”, se dispone lo siguiente:

 “*La contratación de asistencias técnicas y/o servicios con personas físicas que se imputen al concepto 227 y que no impliquen en consecuencia inversión, requerirá con carácter previo, preceptivo y vinculante, informe del Servicio que corresponda, debidamente conformado por el Consejero Insular o Coordinador General del Área Recursos Humanos, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la Base 11ª si originara una modificación de crédito que incrementara el referido concepto*”.

Para dar cumplimiento a lo previsto en la mencionada Base de Ejecución, se ha contado con la colaboración de los Servicios de la Corporación, quienes han remitido al Área de Recursos Humanos la documentación y la información necesaria para la elaboración del mencionado informe. Transcurridos tres años desde la puesta en marcha de esta medida, de los antecedentes, datos y documentación con que cuenta él Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica, se desprende la necesidad de establecer unos criterios que puedan ser útiles a los Servicios de esta Corporación para gestionar esta forma especial de contratación administrativa.

La constatación de estas circunstancias, así como las consideraciones vertidas por la Jurisprudencia en reiteradas sentencias a efectos de diferenciar la figura contractual referida de otras afines, especialmente de las contrataciones de personal sometidas a la legislación laboral, justifican la necesidad de elaborar unas directrices en esta materia que puedan contribuir a establecer, de forma clara y concisa, las actuaciones en las que haya de concretarse el contenido previsto en la Base 90º de las de Ejecución del vigente Presupuesto Corporativo. Dichas Directrices, al mismo tiempo, deben ser tenidas en consideración en todos los antiguos contratos de asistencia formalizados y de servicios que se formalicen con personas físicas cuyo gasto se impute, no sólo al Capítulo II, sino también al Capítulo VI, sin perjuicio de que para los imputados a este último no se requiera el informe previsto en la precitada Base 90ª.

 Por lo expuesto, y atendiendo a los antecedentes que obran en esta Dirección Insular y con el objetivo de unificar criterios de actuación en esta materia y aclarar algunos de los aspectos en los que, de forma reiterada, se han detectado dificultades en la gestión administrativa, se propone la aprobación de los siguientes directrices y características a tener en cuenta en la tramitación y ejecución de los contratos administrativos de servicios ( y antiguos contratos administrativos de asistencia técnica) con personas físicas, cuyo gasto se impute al capítulo II y al capítulo VI, cualquiera que sea la partida por la que se tramite:

1.- Será procedente la tramitación de un contrato administrativo cuando exista una norma legal que le atribuya el carácter de administrativo, esto es, cuando exista correspondencia entre *el tipo legal* y la prestación concertada a ejecutar.

2.- En los contratos administrativos, el profesional contratado debe quedar expresamente *excluido del ámbito organizativo del empresario* (entendiéndose, del Servicio gestor correspondiente). De este modo, y al no existir dependencia jerárquica entre el contratista y la Administración, éste no puede recibir órdenes de aquélla que vayan más allá del ejercicio de las potestades administrativas de supervisión que la normativa atribuye a la Administración para velar por el correcto cumplimiento del objeto de la prestación contratada.

El profesional contratado debe contar con la *estructura organizativa y con los medios y solvencia técnica* necesarios para ejecutar las prestaciones objeto del contrato. Por tal motivo, no se pondrá a disposición del adjudicatario:

* Dirección en el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife a efectos de recibir correspondencia.
* Correo electrónico bajo el dominio del Cabildo Insular.
* Teléfono en el que figure como usuario (en listados, Internet, etc.).
* La Corporación no autorizará la participación del personal de la entidad encomendada en cursos del plan de formación del ECIT, ni tampoco sufragará ningún tipo de actividades formativas a dicho personal.
* La Corporación Insular no debe facilitar al adjudicatario mesa, ordenador, vehículo, maquinaria, herramientas, etc., ni particularmente, un espacio propio en el que desarrolle su actividad. Ello sin perjuicio de que pueda acudir a las dependencias administrativas las veces que resulten necesarias para recabar la información, o los datos precisos para realizar las tareas objeto de la contratación.

3.- En los contratos administrativos se ha de contratar *un resultado claramente precisado* y no una prestación de servicios. Se ha de tratar de una tarea específica, inhabitual y extraordinaria (por ejemplo, la realización de un proyecto concreto, o de un estudio específico); no debe contratarse un conjunto difuso de actividades, ni tampoco la realización de actividades continuas que culminen con la entrega de una memoria final. Por ello, conviene definir con precisión las tareas que constituyen el objeto del contrato.

4.- El carácter excepcional e inhabitual de la prestación objeto de los contratos de asistencia técnica, hace necesario *evitar la contratación dilatada, sucesiva e ininterrumpida*, con el mismo empresario o con otros, de las mismas tareas ya que, dicha práctica, restaría excepcionalidad a la contratación y la acercaría más a una prestación de servicios, o a una contratación laboral. Así mismo, por este motivo, no puede justificarse la necesidad de acudir a esta forma especial de contratación en la vinculación a un puesto, o en la futura creación de un puesto de trabajo, que lleve aparejada la realización de las tareas a ejecutar mediante asistencia técnica.

5.- La existencia de una *periodicidad mensual en la retribución* de los trabajos, es propia de la relación laboral. En el contrato administrativo de asistencia técnica el abono del precio del contrato ha de vincularse a la realización y entrega del concreto estudio, proyecto, informe, etc., que sea objeto de la contratación.

6.- El profesional contratado no estará sujeto a una *jornada y/o a un horario predeterminado*, aspecto que es propio de una relación laboral. Por el contrario, en el contrato administrativo de asistencia técnica lo importante es el resultado del trabajo contratado y no el mecanismo utilizado por el contratista para desarrollar dicha actividad, ni los medios a emplear en ello, que serán puestos por el propio adjudicatario.

En consecuencia con los criterios expuestos, en la contratación administrativa, la Administración Pública ha de evitar dirigir la ejecución de los trabajos objeto de la contratación, otorgar permisos vacacionales retribuidos, poner a disposición del adjudicatario recursos materiales y humanos para le realización de los trabajos y, en general, otorgar cualquier medio o realizar cualquier control que pueda suponer la integración del adjudicatario en la organización administrativa, ya que todo ello es propio de una relación laboral. Las tareas objeto del contrato serán ejecutadas por el empresario según sus criterios organizativos, en sus dependencias y utilizando sus propios recursos.

Conviene hacer una breve referencia al **contrato administrativo de servicios**, respecto del que conviene tener presente, entre otras, las siguientes puntualizaciones:

1. La empresa de servicios facilitará a su personal el material y herramientas precisos para la ejecución del objeto del contrato, salvo el material altamente técnico que pudiera facilitar la Administración.
2. La empresa ejercerá la actividad contratada como propia, contando con otros clientes, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organizaciones estables, con imputación de responsabilidades contractuales, ejecutando el contrato con asunción de riesgo.
3. La normativa de contratos de las Administraciones Públicas ha de regular la prestación a contratar como objeto del contrato de servicios (ej. mantenimiento).
4. El contratista deberá cumplir, bajo su exclusiva responsabilidad, las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo, debiendo tener a su cargo el personal necesario para la realización del objeto del contrato, respecto del que ostentará, a todos los efectos, la condición de empresario. En tal sentido, se recomienda recoger expresamente en el pliego que rija la contratación, que el Cabildo Insular de Tenerife quedará excluido de toda relación laboral o jurídica con el personal del adjudicatario, ya sea de plantilla fija o de cualquier carácter, incluido el que pudiera contratar temporalmente.

 En consecuencia con lo expuesto, el contrato administrativo de servicios (igual que el antiguo de asistencia técnica) es un contrato de resultado. Por ello, el objeto del contrato de servicios ha de consistir en una obligación de resultado (trabajo-obligación) y no en una obligación de medio (trabajo-actividad); entendiéndose que si el Cabildo Insular limitara u organizara aspectos tales como la actividad profesional a desarrollar por el adjudicatario, el tiempo a destinar a la misma, o la forma concreta de la realización diaria de las tareas, podría producirse una integración del contratista en el ámbito de dirección y organización del Cabildo Insular de Tenerife.

Por último, se ha de tener presente por las Áreas gestoras en la tramitación y ejecución de contratos administrativo de servicios con personas físicas, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyo Título II, Capítulo III (arts. 11 y ss) reconoce y regula el régimen jurídico de la figura del *“Trabajador autónomo económicamente dependiente”.*

La citada ley define a los trabajadores autónomos económicamente dependientes como aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Es necesario que además reúna simultáneamente las siguientes condiciones**:**

1. No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.
2. No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
3. Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
4. Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
5. Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

En el supuesto de que se cumplieran todas las condiciones anteriores, sería de aplicación el citado régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente que entre otras cuestiones, establece especialidades en cuanto al contrato y jornada del trabajador autónomo.

**C) DIRECTRICES DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS CON PERSONAS JURÍDICAS QUE IMPLIQUEN PUESTA A DISPOSICIÓN DE PERSONAL EN FAVOR DE LA CORPORACIÓN.**

 En este apartado son aplicables las directrices establecidas en los dos apartados anteriores tanto en las encomiendas de gestión con entidades públicas como en los contratos de servicios con personas físicas, en lo que no sea de aplicación exclusiva a los mismos.

 Excepcionalmente cuando la empresa contratista o subcontratista comparta de forma continuada unas mismas dependencias en un centro de trabajo con la Corporación, y de conformidad con lo previsto en el artículo 42. 4 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores, los Servicios gestores deberán disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

 En el supuesto del párrafo anterior, además, se deberá facilitar por las diferentes Áreas gestoras al Área de Recursos Humanos y Defensa Jurídica del ECIT el número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la Corporación, para informar a los representantes legales del ECIT como dispone el art. 42.4.e) del Estatuto de los Trabajadores.

 Por último, se deberán retener las garantías al contratista hasta que se compruebe la no existencia de la responsabilidad solidaria de la Corporación, según lo previsto en el art. 42.2 del Estatuto de los trabajadores, respecto a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata

**D) RESPONSABILIDADES EN QUE SE PUEDE INCURRIR EN LOS SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.**

A efectos informativos, y al margen de la responsabilidad disciplinaria en que se podría incurrir por el incumplimiento de las presentes directrices, el ordenamiento jurídico español tutela punitivamente esta prohibición de cesión ilegal a través del derecho laboral, administrativo y del derecho penal.

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores al prohibir la cesión de trabajadores prevé las siguientes consecuencias:

 *3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.*

*4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.*

Esto dará lugar, en el caso de que trabajador cedido ilegalmente opte por la Corporación, a que se le tenga que crear una plaza en la plantilla y que pase a mantener una relación laboral indefinida con la Corporación.

Por su parte, el artículo 312 del Código Penal, dentro del capítulo de delitos contra los derechos de los trabajadores, tipifica como delito lo siguiente:

1. *Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.*

Por otro lado el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, establece como infracción muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente, pudiendo llevar aparejada su comisión una sanción de multa de hasta 187.515 euros.

**E) EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

 Las presentes directrices serán aplicables, además de a las diferentes Áreas gestoras del Cabildo Insular de Tenerife, a todos sus Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Sociedades Mercantiles íntegramente participadas.