

COMUNICADO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2016, DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, SOBRE EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES POR EL PERSONAL LABORAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO Y SU VINCULACIÓN CON EL EJERCICIO DE “POTESTADES ADMINISTRATIVAS”.

En relación a la falta de personal en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo y la denuncia por la adscripción de personal laboral indefinido no fijo en puestos de naturaleza funcionarial, en vez de reponer al personal interino cesado con personal funcionario de carrera o personal funcionario interino, hechos que reiteradamente se vienen denunciando ante esta Institución, al tiempo de que, igualmente, se cuestiona las funciones que realizan, o pueden realizar, el personal laboral adscrito a dichas Oficinas, por considerar que son propias del funcionario de carrera, este Comisionado, considera oportuno dar cuenta, por medio de este comunicado sobre las actuaciones realizadas al efecto.

Entre las actuaciones llevadas a cabo, hemos contado con la colaboración puntual de la Secretaría General de Empleo, de la Consejería de Empleo, Comercio y Empresa, a su vez, Director Gerente del Servicio Andaluz de Empleo y considerando la información aportada por los promotores de los expedientes de queja que motivaron nuestra intervención.

1.- En relación a la naturaleza del SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO y al ejercicio de las funciones que le competen.

a) Sobre las potestades públicas y su reserva en favor de la función pública

El ejercicio de las potestades públicas y su reserva a favor de los funcionarios públicos ha adquirido, en estos últimos años y en lo que a Andalucía se refiere, una destacada significación en el panorama del ordenamiento jurídico, especialmente a partir de dos textos legislativos, en primer lugar el Estatuto Básico del Empleado Público (en su primera versión de la Ley 7/2007, de 12 de abril y el posterior y vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), sin duda la norma básica angular de la función pública española (del “empleo público” siguiendo la terminología que prevalece en la nueva regulación), que en su artículo 9.2, tras definir la figura del funcionario de carrera, expresa que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o 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”*; y en segundo lugar, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, que a la par que modifica parcialmente la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía del mismo año (Ley 9/2007, de 19 de octubre, más conocida como LAJA), incorpora una importante reordenación del sector público andaluz (especialmente de la Administración instrumental que se integra en la misma), que ha afectado no solo al SAE en su mutación de organismo autónomo a agencia de régimen especial, sino también a la integración en su seno de la entidad instrumental privada FAFFE, así como otro personal laboral proveniente de distintos programas de refuerzo de las políticas de fomento de empleo.

Este principio, que la doctrina administrativista denomina “reserva funcional funcionarial” (RFF), fiel reflejo del modelo constitucional de preferencia de la función pública en el sistema de empleo público de nuestro país, a cuyo colectivo encomienda preservar la garantía

constitucional de imparcialidad de la función pública (art.103.3 de la Constitución Española), si bien se encuentra ampliamente consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en la doctrina y en la jurisprudencia, nunca había encontrado expreso acomodo normativo hasta su plasmación en el EBEP, más su genérico planteamiento sumado a su fundamento en conceptos jurídicos indeterminados así como la ausencia de una norma de desarrollo, viene planteando encontradas interpretaciones al respecto, culminando en conflictos residenciados en sede judicial que, a la postre, tampoco han servido para aclarar y delimitar dicho principio más allá de su formulación estatutaria.

No obstante, en un intento de dar un paso en esta cuestión, esta Institución considera, como punto de partida un hecho constatable: que aunque las potestades públicas tienen su territorio natural en la Administración Pública, y su normal desempeño por parte de los funcionarios públicos, extramuros de aquella encontramos múltiples versiones de entidades privadas (colaboradoras) en las que el ordenamiento jurídico residencia significativas competencias administrativas (como también a favor de entidades privadas de carácter asociativo (corporaciones de derecho público), que sin ser tampoco propiamente Administración pública, se les otorga tal consideración respecto a las potestades públicas que la ley les habilita, y ello a ejercer a través de personal ajeno al empleo público, e incluso cómo dentro del sector público se atribuyen destacadas potestades públicas a favor de su ejercicio por parte del empleo público laboral, particularidades que nos obligan a “modular” el principio de la RFF a la hora de su formulación y aplicación, siguiendo la expresión apuntada por la doctrina del Consejo de Estado (Véase el Dictamen 808/2011, de 21 de julio, del Consejo de Estado en relación a la Disposición adicional vigesimotercera del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que excepcionando la aplicación del art. 9.2 del EBEP, habilita al personal laboral portuario para el ejercicio de funciones de autoridad - “policía portuaria”-). En el mismo sentido, el art. 113 de la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, atribuyendo igualmente con carácter excepcional, potestades administrativas al personal laboral de las sociedades mercantiles estatales.

Por otro lado, resulta del todo punto lógico que si bien el principio de RFF se desenvuelve pacíficamente en el ámbito de la Administración general, al estar conformada fundamentalmente por las Consejerías, agencias administrativas y de régimen especial y con servidores mayoritariamente con la condición de personal funcionario, en cambio, en el seno de las agencias públicas empresariales, cuyos servidores son exclusivamente personal laboral, la aplicación de esta reserva respecto a las potestades públicas que estatutariamente les corresponde ejercer, se resiente sobremanera, aspecto al que la futura Ley de Empleo Público de Andalucía (LEPA) puede mejorar, en su caso, con su recepción y modulada expresión en el texto.

En relación a las potestades públicas, concepto jurídico indeterminado de difícil delimitación en el seno de la Administración instrumental, éstas ofrecen múltiples variables que hacen que la aplicación, en su caso, de su reserva a favor de la función pública requiera modulaciones en su planteamiento, articulación y aplicación.

Así, en primer lugar, las propias potestades administrativas se presentan en la diversidad de la acción pública con diferentes intensidades según áreas o sectores de actividad, desde aquellas consustanciales a las notas de autoridad, en las que juegan prerrogativas extraordinarias otorgadas al poder público desde el Derecho público, a aquellas en que no representan tales notas, pasando por potestades intermedias, según ámbitos materiales de actuación.

En segundo lugar, existe un amplio abanico en la tipología de la Administración instrumental andaluza, donde coexisten una Administración instrumental pública (agencias administrativas, públicas empresariales y de régimen especial) en las que el Derecho Administrativo juega también con distinta intensidad según el subtipo de que se trate y de la actividad a que se refiera, en unos casos con exclusividad o prevalencia del Derecho Administrativo y en otros con coexistencia del Derecho privado, junto a una Administración instrumental privada (sociedades mercantiles y fundaciones del sector público). Y por último, la diversidad de instrumentos de atribución o traslación del ejercicio de dichas potestades, unas veces por vía estatutaria –los estatutos propios de la entidad instrumental-, por delegación, desconcentración, encomienda de gestión, u otras técnicas de distribución competencial, con distintos instrumentos y niveles de control del ejercicio de las mismas por parte de la Administración titular y cedente de la potestad.

A lo anterior cabe añadir, que junto a los patrones establecidos en la legislación general de organización y funcionamiento de cada Administración territorial, la citada Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015 (que deroga la anterior LOFAGE) o LAJA andaluza -, o en la legislación de empleo público, el principio general de la RFF establecido en el EBEP encuentra toda una variada suerte de excepciones y matizaciones que diluyen la aparente severidad en la aplicación del mismo, toda vez que el ejercicio de potestades públicas por parte de entidades colaboradoras (privadas) y de entidades asociativas (privadas), estas últimas con la consideración de corporaciones de derecho público y, en ambos casos, por expresa y específica habilitación legal, se les atribuye el ejercicio de potestades públicas a entidades ajenas a la organización administrativa y a su desempeño por parte de personal laboral ajeno al empleo público.

A las excepciones anteriores, situadas extramuros del sector público, caben añadir los supuestos, igualmente excepcionales, del ejercicio de potestades públicas en el seno de la Administración pública a través del personal laboral, como son los casos de los organismos reguladores estatales y de los organismos portuarios y, con un carácter excepcional, el personal laboral que desempeña puestos adscritos a funcionarios (Disposición Transitoria cuarta del EBEP).

Hecha pues, esta breve exposición de la complejidad que rodea el principio de RFF, su aplicación en el SAE debe, igualmente, modularse tanto en atención a la naturaleza de dicho servicio público y al personal a su servicio, como a las propias funciones legales y estatutarias que desempeña, mayoritariamente alejadas o ajenas al principio de RFF como veremos a continuación.

b) Sobre la naturaleza de la agencia Servicio Andaluz de Empleo (SAE) y de la prestación de servicios y programas propios del mismo.

El Servicio Andaluz de Empleo, creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre como un organismo autónomo, tras la reforma de la administración andaluza iniciada con la LAJA de 2007, culmina con la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero de reordenación del sector público andaluz, por el que este ente se transforma y adquiere la naturaleza de ente instrumental público bajo la modalidad de “Agencia de Régimen Especial”, con las particularidades que dicha legislación le atribuye a dicha modalidad agencial y cuyos estatutos se aprueban por Decreto 96/2011, de 19 de abril.

Como es sabido, la Junta de Andalucía, sumandose a similares iniciativas abordadas por el Estado y resto de las Autonomías, optó por la organización administrativa agencial en

sus iniciativas legislativas de 2007 y 201, de Administración y Reordenación del sector público, que tiene su antecedente en la Administración General del Estado con la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales (ahora derogada con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público), y que se basa en la separación de las funciones de decisión política y de dirección de las funciones de cumplimiento y prestación de servicios. Así, las funciones operativas de cumplimiento se descentralizan en organizaciones más pequeñas, las agencias, que se centrarán en la consecución de objetivos y rendimientos, mientras que la Administración matriz se reserva las funciones de creación de políticas y de dirección.

Respecto a las agencias de régimen especial (art. 70 de la LAJA), son entidades públicas a las que se les atribuye cualesquiera de las actividades de las agencias administrativas, siempre que les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y que requieran especialidades en su régimen jurídico. Así pues, las agencias de régimen especial tienen por objeto realizar, en régimen de autonomía de gestión, las funciones y competencias referidas en sus leyes de creación y en sus respectivos Estatutos, con arreglo al contrato plurianual de gestión y al plan de acción anual, que ha de ser aprobado por el Consejo Rector de la Agencia, fijando los objetivos que se pretenden alcanzar en el ejercicio, ajustándose a las directrices y orientaciones de la Consejería competente en materia de Hacienda y a las previsiones plurianuales del contrato de gestión, que vienen a establecer los objetivos estratégicos, programas y líneas de actuación necesarias para la consecución de aquéllos.

Pues bien, y en lo que aquí interesa, la agencia de régimen especial SAE, conforme a su ley reguladora y a sus Estatutos, ejerce entre otras las siguientes funciones:

“ (...) b) La planificación, gestión, promoción y evaluación de los distintos programas y acciones para el empleo, competencia de la Comunidad Autónoma, y en particular los siguientes:

1.º Los relativos a fomento del empleo.

2.º Los relativos a la formación para el empleo, la coordinación y planificación de los centros propios o consorciados, así como el desarrollo de cuantas otras funciones puedan corresponder a éstos en su materia.

3.º La prospección del mercado de trabajo y la difusión de información sobre el mercado laboral.

4.º La intermediación laboral, el registro de demandantes de empleo, la recepción de comunicación de contratos y la gestión de la Red Eures en Andalucía.

5.º La orientación e información profesional, y las acciones de apoyo para la mejora de la cualificación profesional y el empleo.

6.º Los relativos al fomento de vocaciones empresariales, la formación de emprendedores y pequeños empresarios, el fomento del autoempleo y la

difusión de la cultura empresarial.

7.º La colaboración con los medios de comunicación de masas tanto para promocionar los distintos planes de empleo como para transmitir valores culturales y éticos que estimulen la generación de empleo y la calidad del mismo.

8.º La autorización de la condición de centros colaboradores o asociados a aquellas entidades que participen en la ejecución de actividades que sean competencia de la Agencia, así como la autorización y demás competencias sobre las agencias de colocación que actúen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

9.º La promoción y el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales.” (art. 5.2 de sus Estatutos).

A este respecto, cabe reconocer que las amplias funciones que presta el SAE no se realizan en exclusiva, pues si bien la intermediación en el mercado de trabajo se configura como un servicio público, en este también participan los entes colaboradores o asociados, ya públicos o privados, que participen es las actividades de la agencia.

El preámbulo del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, expresa:

“En todo caso, la intermediación en el mercado se trabajo se configura como un servicio de carácter público, con independencia de los agentes que la realizan, que además de incrementar las posibilidades de colocación de las personas trabajadoras en desempleo, pretende configurar un mercado de trabajo cada vez más equilibrado que subsane las disfunciones que impiden la adecuada casación entre ofertas y demandas de empleo.

En este contexto la citada Ley modifica la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, procediendo a regular las agencias privadas de colocación, incluyendo las que tienen ánimo de lucro, cuya actividad no permitía la normativa anterior, lo que supone complementar la actividad que ya desarrollan los servicios públicos de empleo, con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, dotando para ello a los agentes que intervienen en los procesos de intermediación y de colocación de más y mejores medios. Como fruto de esta mayor intervención y mejor colaboración entre agentes públicos y privados se conseguirá lograr una más eficaz intermediación, proporcionando a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitando a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades.

Esta nueva regulación de agencias de colocación se enmarca en las medidas que conforman la nueva agenda social que el Gobierno va a acometer en este periodo, todo ello con el objetivo de responder con decisión a las profundas secuelas que está dejando la crisis económica-financiera en nuestro mercado

laboral. En este sentido, una de las líneas de actuación acometidas ha sido el reforzamiento de los servicios públicos de empleo, dotándolos de más recursos humanos, ampliando la plantilla de los mismos al adicionar, a los 1.500 orientadores que ya venían desarrollando tareas de inserción laboral de personas trabajadoras en desempleo, otros 1.500 promotores de empleo para el refuerzo de la atención a la demanda y oferta de empleo en los servicios públicos de empleo.”

Para el ejercicio de tales funciones, el SAE dispone en sus plantillas de personal funcionario y laboral, funcionario proveniente de los cuerpos y especialidades de la Junta de Andalucía, y personal laboral proveniente de las categorías sometidas al vigente Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía, así como personal laboral proveniente de las entidades instrumentales integradas en el SAE en virtud del proceso de reordenación aludido (personal FAFPE), así como el personal laboral proveniente de los programas de fomento del empleo a que se refiere el informe de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (personal ALPES, MEMTAS, etc.).

Paralelamente a esta gestión pública en materia de empleo por parte de la Junta de Andalucía y el empleo público (funcionario y laboral) vinculado a ella, las agencias privadas de colocación, a través de su propio personal laboral (ajeno al empleo público), actúan como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, en los términos que establezca los correspondiente contratos administrativos de colaboración.

En este sentido, la cláusula 5 del “Pliego de cláusulas administrativas particulares y condiciones técnicas del Acuerdo Marco con Agencias de Colocación para la colaboración con Servicios Públicos de Empleo en la Inserción del Mercado Laboral de personas Desempleadas”, relativa a los servicios objeto de este acuerdo especifica:

“Los servicios objeto de este acuerdo consisten en la inserción en el mercado de trabajo de las personas desempleadas que sean designadas para ello por los servicios públicos de empleo.(...).

Los servicios de inserción tendrán naturaleza integral, y comprenderán cualesquiera actuaciones de orientación, formación, intermediación, ayuda en la búsqueda de empleo, captación de ofertas de trabajo, promoción de candidatos u otras, que sean necesarias para alcanzar el objetivo de la inserción efectiva del desempleado”.

Ciertamente, ninguna norma legal o reglamentaria, estatal o autonómica ha efectuado una definición y delimitación de las potestades públicas sometidas al principio de RFF del art. 9.2 del EBEP, y aún menos en el estricto ámbito de las funciones que legal y estatutariamente tiene atribuidas la agencia andaluza SAE. No obstante, disponemos un referente en la regulación que acometió inicialmente el Decreto-Ley 1/2016, de 15 de marzo, por el que se establecían diversas medidas urgentes en materia de empleo, el cual en su Disposición adicional primera (“Participación del personal laboral en la prestación de servicios y desarrollo de programas”), expresaba:

“1. las funciones correspondientes a los servicios y programas que se presten en las oficinas de empleo en ejecución de las funciones relativas a la gestión de las Políticas Activas de empleo por la agencia del Servicio Andaluz de empleo, podrán ser desempeñados por el personal laboral de la citada agencia, y en particular los servicios de:

a) Inscripción, clasificación y actualización de la demanda de empleo para el diagnóstico individualizado y la elaboración de perfiles profesionales.

b) Diseño del itinerario personalizado para el empleo.

c) Acompañamiento personalizado en el desarrollo del itinerario y el cumplimiento del compromiso de actividad.

d) Asesoramiento y ayuda técnica adicional para la definición de su currículum y la aplicación de técnicas para la búsqueda activa de empleo.

e) Información y asesoramiento adicional sobre la situación del mercado de trabajo y la oferta formativa.

f) Apoyo a la gestión de la movilidad laboral.

g) Gestión de las ofertas y anuncios de empleo.

h) Información y asesoramiento sobre la contratación y las medidas de apoyo a la activación.

i) Apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente.

2. las funciones relativas a la gestión de registros administrativos de documentos y dación de fe pública quedan reservadas al personal funcionario.”

La circunstancia de que este decreto-ley fuera derogado en trámite de no convalidación parlamentaria (sesión de 6 de abril de 2016) y sustituido por el Decreto-Ley 2/2016, de 12 de abril, en el que se omite la regulación abordada anteriormente en este punto, en modo alguno cuestiona su adecuación a legalidad y a realidad, sobre la que no que no ha recaído (y ya no puede recaer) tacha alguna a este respecto.

Un análisis pormenorizado de las competencias estatutarias de la agencia pública SAE y de las que se atribuyen a las agencias privadas de colaboración por vía convencional, nos permite constatar cómo buena parte de aquellas se hacen extensivas a esta últimas, o lo que es lo mismo, la mayoría de las funciones o potestades administrativas de la agencia SAE se reiteran en las atribuidas a las agencias privadas de colocación, las primeras desempeñadas mediante el personal empleado público vinculado a ella (funcionario y laboral), y estas últimas mediante su empleo laboral privado, ajeno al empleo público.

Desde nuestra perspectiva, el protagonismo que en las actuales circunstancias de crisis económica desempeñan las políticas activas de empleo y su gestión a través de los medios propios (agencias públicas) y/o colaboradores autorizados (agencias de colocación), aconseja que se doten con suficiencia de recursos humanos, a la par que se delimiten las potestades administrativas en que estas políticas se concretan, en orden a preservar y reservar aquellas con connotaciones de “autoridad” a la función pública (art. 9.2 del EBEP), quedando las restantes a disposición del desempeño indistinto por parte del personal empleado público vinculado a la agencia SAE o, en su caso y en los términos conveniados, a las agencias de colocación autorizadas en Andalucía.