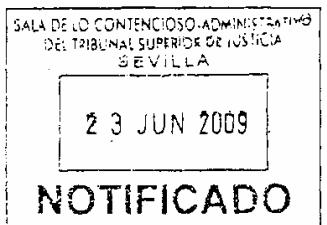


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEDE DE SEVILLA)
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA.

Recurso nº 597/2008

SENTENCIA



Iltmo. Sr. Presidente

Don Julián Manuel Moreno Retamino

Iltmos. Sres. Magistrados

Don Francisco J. Gutiérrez del Manzano

Doña María Luisa Alejandre Durán

En la Ciudad de Sevilla a Veinticinco de Mayo de 2009.
La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, ha visto el recurso referido en el encabezamiento interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía representado por la Procuradora Sra. Luque Tudela y defendido por Letrado contra Orden de cuatro de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo de la Junta de Andalucía que actúa representado y defendido por Letrado de su Gabinete Jurídico. Ha sido parte codemandada la fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, representada por la Procuradora Sra. Sánchez Delgado y defendida por el Letrado Sr. López Martín. La cuantía del recurso es indeterminada. Es ponente el Iltmo Sr. D. Julián Manuel Moreno Retamino.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El recurso se interpuso el día 20 de Octubre de 2008 contra Orden de cuatro de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la parte actora interesó de la Sala el dictado de Sentencia que anule el acto impugnado y declare la nulidad de la Orden impugnada.

TERCERO.- En su contestación a la demanda la Administración solicitó de la Sala el dictado de Sentencia que desestime íntegramente el recurso. En el mismo sentido se ha pronunciado la codemandada.

CUARTO.- No se ha practicado prueba. Las partes No han formulado sus respectivos escritos de conclusiones.

QUINTO.- Señalada fecha para votación y fallo, tuvo lugar el día Dieciocho de Mayo de 2.009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso se interpuso el día 20 de Octubre de 2008 contra Orden de cuatro de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo.

Funda su impugnación el demandante, en primer lugar, en que la encomienda de gestión contiene el ejercicio de potestades administrativas. Según el artículo 1 de la Orden impugnada el objeto de la orden es: "Encomendar la gestión del seguimiento de las acciones formativas desarrolladas mediante contratos programas para la formación continua dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía

dimanantes de la convocatoria aprobada por Orden de la Consejería de Empleo de 27 de julio de 2007".

SEGUNDO.- En el artículo sexto se enumera el contenido de las tareas encomendadas; a saber: "La gestión material que se encomienda se concretará en las siguientes actividades:

- Comprobación de las entregas de material detalladas por el solicitante.
- Comprobación de los controles de seguimiento y pruebas que conlleve la enseñanza programada.
- Verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante.
- Verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea.
- Comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado.

Todo lo anterior, según la demandada, no es más que una mera asistencia técnica. Continúa el actor que no es así, a la vista de la memoria explicativa que define el protocolo de actuación de la fundación en relación con cualquier anomalía en el seguimiento y control de las actividades formativas. De esa memoria se desprende que existen prerrogativas a favor de la fundación que suponen el ejercicio de potestades administrativas. A título de ejemplo, dejemos constancia de que la memoria establece unas facultades para el caso de que no se ejecute la acción formativa: puede procederse a la anulación de los participantes del curso en certificación. Si se comprueba que la actividad de formación subvencionada no es gratuita se comunicará a la dirección general para su anulación. En fin, si no se aporta la documentación previamente solicitada se señala un plazo y transcurrido el

— — — — —
mismo se procederá a la anulación de los participantes del curso, acción formativa o plan. Estas prerrogativas, sostiene el actor, supone que el personal laboral de la fundación asumirá competencia propias de funcionarios de la Dirección General de formación al anular cursos o participantes.

Así las cosas se contraría lo dispuesto en el artículo 9.2 de la ley 7/2007 cuando dispone que

2. 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, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca

TERCERO.- Para la demandada la Orden impugnada tiene su fundamento legal en el artículo 106 de la ley 9/2007 que dispone "Artículo 106. Encomienda de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz

Las Consejerías y sus agencias podrán ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz cuyo capital o cuya aportación constitutiva, respectivamente, sea en su totalidad de titularidad pública, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

Las sociedades y fundaciones tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden.

La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho Administrativo.

Las funciones que se encomiendan son solo las que recoge la Orden y no implican ejercicio de potestades administrativas. Son actividades de carácter material únicamente. Las alegaciones del actor sobre la memoria y su contenido no son relevantes, pues los términos de la encomienda son los de la Orden impugnada. Nada más.

CUARTO.- Situado así el debate es claro que la cuestión a dilucidar es, en efecto, si los términos de la Orden permiten concluir que la encomienda se limita solo a las tareas de orden o carácter material o implican ejercicio de potestades administrativas que, a la vista de los textos legales referidos, le están vedadas.

Ciertamente hemos de compartir con la demandada que el objeto del recurso es la Orden que formaliza la encomienda. Es a la vista de su contenido como habremos de valorar si en efecto las tareas encomendadas se limitan al objeto que le es propio o existe un exceso.

Ocurre, sin embargo, que para concluir en uno u otro sentido, es decir, para la mejor interpretación de la Orden, puede ser un elemento interpretativo relevante el contenido de la memoria porque al fin y a la postre, nos va a mostrar cuál será la forma de actuar de la fundación en el ejercicio de las tareas que se le encomiendan. No puede olvidarse que la memoria está en el expediente administrativo y ha servido en buena medida para que la administración se persuada de la bondad de la encomienda a la vista, precisamente, de esas capacidades o aptitudes mostradas por la fundación para la eventualidad de que la referida encomienda fuera formalizada.

Así pues, al menos como elemento de interpretación, no cabe duda de que el contenido de la memoria puede ser relevante.

QUINTO. - En todo caso, en primer lugar ha de analizarse la tarea que se fija en la Orden como objeto de la encomienda.

Entendemos que no se trata solo de tareas de ejecución material. Así, la comprobación de la entrega de material para que sea realmente eficaz ha de comportar la exigencia de documentación a la entidad que organice las actividades a los fines de comprobar si es necesario o no el material utilizado o adquirido. Y esa exigencia ha de concretarse en el ejercicio de unas potestades de naturaleza indudablemente administrativa. Pues de no ser así, qué poder de persuasión o de decisión, habría de tener la fundación.

Lo mismo cabe afirmar respecto a los controles de seguimiento. No puede tratarse esa tarea de un simple "pasar lista" para constatar presencias y ausencias. Ese control, indefectiblemente comportará el ejercicio de potestades eventualmente sancionadoras en lo material: retirando subvenciones o anulando la participación de personas.

En fin, la Verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la Verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la Comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos algún tipo de ejercicio de potestades administrativas. No entendemos que esa verificación pueda ser meramente testimonial, para que, comprobado el nivel de cumplimiento o incumplimiento las cosas sigan tal cual, sin consecuencias jurídicas. De ser así, la encomienda devendría en completamente inútil. Es

sustancialmente necesario, por tanto, que esas tareas vayan acompañadas de unas potestades reales que hagan efectiva la comprobación y verificación realizadas. Todo ello con el fin, loable por otra parte, de que los fondos públicos sean destinados a las finalidades previstas y se disponga de ellos con la máxima eficiencia para los intereses generales. De otra forma no se entienden esas tareas.

SEXTO.- Y que esto ha de ser así se deduce de la memoria que obra en el expediente donde se refleja el protocolo de actuación de la fundación en esos casos. La anulación de actividades o de participantes solo pueden ser entendidas como ejercicio de potestades administrativas. Y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos ya empleados públicos, es claro que se vulnera el precepto antes citado (ART. 9.2) de la ley 7/2007. En todo caso, se está encomendando el ejercicio de potestades administrativas para una tareas que exceden del contenido legal que esta institución puede tener.

En fin, los propios antecedentes de la Orden impugnada expresan qué es lo que se pretende obtener de la fundación: se dice en ellos "Tercero. La optimización del seguimiento de las acciones formativas aprobadas por el Servicio Andaluz de Empleo mediante contratos programa de formación continua implica una carga de trabajo que no se puede atender con el personal que figura en la relación de puestos de trabajo de este organismo, sin que sea posible a corto plazo incrementar sus efectivos, por lo que se hace necesario encomendar esa tarea a una entidad como la FAFFE, que por sus características especiales ofrezca garantía de eficacia en la gestión del seguimiento de la formación continua"

Esa garantía de eficacia se predica de la fundación forzosamente, aunque no se diga, porque se ha considerado la

memoria presentada y que obra en el expediente. Por eso, es revelador el contenido de la memoria, como decíamos más arriba, para interpretar mejor qué es lo que se quiere que haga, y hasta donde llegará el verdadero poder de decisión de la fundación en la ejecución de la tarea encomendada. Límites que, como vemos, sobrepasan los que la ley reserva para las encomiendas.

En fin, la suficiencia o no del personal del servicio andaluz de empleo no puede ser motivo para encomendar una gestión si ello se hace a costa de sacrificar principios esenciales en esta institución. El recurso, por todo lo expuesto, ha de ser estimado.

SÉPTIMO.- En el suplico interesan los actores un fallo que, en primer lugar declare contraria a derecho la Orden impugnada y su consiguiente revocación. A la vista de cuanto llevamos expuesto, ha de estimarse. En segundo lugar, interesan que los puestos que se adscriban a personal laboral de la fundación deben ser desempeñados por funcionarios de la RPT del Servicio Andaluz de Empleo. No ha lugar a este pronunciamiento una vez que se ha estimado la impugnación contra la Orden. Es decir, si se estima, como así es, que la Orden de encomienda es contraria a derecho, no ha lugar a condenar a la administración a este pedido sobre funcionarios en lugar de laborales, sin perjuicio de que, en el futuro, a la vista de las funciones que quiera atribuir la administración a la referida fundación, decida qué tipo de personal debe servirlo conforme a la legislación sobre función pública.

Y ÚLTIMO.- No se aprecian motivos de temeridad o mala fe para la imposición de las costas. (Artículo 139 L.J.C.A.).

Vistos los artículos de aplicación al caso y por la autoridad que nos confiere la Constitución:

FALLAMOS: Que debemos estimar el recurso interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía, representado por la Procuradora Sra. Luque Tudela y defendido por Letrado contra Orden de cuatro de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo de la Junta de Andalucía por ser contraria al Ordenamiento Jurídico y por ello se declara nula. No hacemos pronunciamiento sobre costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará a las partes haciéndole saber los recursos que caben contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégruese esta resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de este.

