

INFORMES¹

La Agencia Andaluza de la Energía ¿el retorno ficticio del Derecho administrativo?

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 4/2003, de 23 de septiembre, *de creación de la Agencia Andaluza de la Energía* forma parte del paquete legislativo que ha puesto fin a la legislatura comenzada en 2000. Vio la luz en el BOJA de 1 de octubre y cuando han transcurrido diez meses de su entrada en vigor su objetivo principal, la creación de la Agencia no es una realidad. Esta situación de pasividad y carencia no debería llamar la atención –pues estaría dentro de lo habitual en el giro ordinario de las Administraciones públicas– si no fuera por producirse en el ámbito de una Administración que se desenvuelve en una sociedad a la que durante meses la propaganda oficial en los más diversos medios de comunicación ha venido calificando de *imparable*. Es también la Administración que a lo largo de ese año –2003– ha aprobado diversas normas que deberían encajarla con sus métodos y actuaciones en la vanguardia administrativa de la sociedad de la información y del conocimiento. Lo que no puede sino conducir a los más altos niveles de eficacia, pues de otra manera sobraría toda la retórica al uso sobre estos conceptos. Causa, pues, cierta sorpresa que no se haya encontrado tiempo para aprobar los estatutos de la Agencia y ponerla en funcionamiento. Cuesta trabajo pensar que, al aprobarse la ley no estuviesen más o menos perfiladas las líneas de dicho estatuto, pues lo razonable es que ley y estatutos respondan a un propósito global más o menos concretado que se van acercando a la realidad a través de fases sucesivas: proyecto de ley, tramitación parlamentaria y finalmente estatutos aprobados por decreto que, como es de rigor, recogerá las posibles modificaciones que sobre el proyecto inicial se hayan incorporado, a lo largo del procedimiento legislativo. En una Administración que apoyaba a un Ejecutivo de práctica mayoría absoluta –mayoría absoluta, sin más, al redactarse estas líneas contingencias no previstas en el momento de gestarse el proyecto forzosamente no podían ser excesivas. De ahí que el retraso en la aprobación del reglamento tenga difícil justificación desde este punto de vista.

¹ Esta sección se ha realizado bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

El comentarista que no tiene otra fuente de conocimiento que las páginas del BOJA empieza a alumbrar la tétrica sospecha de que lo que realmente ocurre es que el empeño es vano y que la mencionada Agencia es algo perfectamente prescindible, en consecuencia han pasado diez meses pero podrían pasar muchos más sin que la ciudadanía andaluza eche de menos su flamante Agencia Andaluza de la Energía y probablemente nunca la echará en falta si, por lo que fuese no llegara a constituirse. Si, además, se atiende al texto y lo compara con la realidad preexistente más parece que nos encontramos con rótulos que remiten a fórmulas más o menos de moda antes que a instrumentos sustantivos que vayan a aportar algo verdaderamente novedoso a lo que ya se hace.

Sin perjuicio de exponer algunos de los aspectos más relevantes de cara al conocimiento del contenido de esta ley quiero destacar dos notas de la misma que llaman la atención, si se la considera en el conjunto de las fórmulas organizativas de las Administraciones públicas en nuestro Derecho administrativo: de una parte, destacar que es la segunda Agencia administrativa que hace acto de presencia en la realidad jurídico-administrativa andaluza y, en segundo lugar, que parece invertir el significado de una tendencia que hace años causó la alarma en la doctrina y hoy pervive aún como uno de los tópicos más recurrentes del Derecho administrativo, si bien, de alguna manera despuntado ya de su anterior connotación alarmista. Me refiero a la clásica cuestión de la huida del Derecho administrativo que en el contexto al que ahora nos acercamos parece tener un cierto signo diferente, como más adelante explicaré.

II. EL CONTENIDO DE LA LEY

La ley 4/2003 es una norma meramente organizativa. Se limita a crear la Agencia andaluza de la energía y a trazar las pautas fundamentales de su estructura, sin especial originalidad en mi opinión. Si algo hubiera que destacar sería precisamente la exposición de motivos que reúne lo más granado de los tópicos relativos a la protección ambiental y las nuevas energías. No faltan, pues, alusiones a la eficiencia en el consumo y producción de la energía, la transversalidad, la sostenibilidad y, por supuesto, a la normativa comunitaria entre los apoyos de esta nueva estructura administrativa. Nada, pues, que reprochar en cuanto a justificación y apoyos formales que se mueven en el más escrupuloso marco de lo políticamente correcto, si además, tenemos en cuenta su estricto respeto al ámbito competencial definido en la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

1. La Agencia Andaluza de la Energía como entidad de Derecho público.

El texto es ya algo más decepcionante. La Agencia en si misma no es más que un ente de Derecho público de los previstos en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de junio, *General de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, adscrita a la Consejería que tenga atribuida la competencia en materia de energía, con el objeto de optimizar en términos económicos y ambientales el abastecimiento energético de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su constitución efectiva queda demorada al momento de entrada en vigor de sus estatutos que serán aprobados por el Consejo de Gobierno. Como no puede ser menos, la entidad goza de personalidad jurídica propia, de plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fin y de patrimonio propio. Concretando algo más los aspectos básicos de su régimen jurídico el art. 2. 2 establece que *en lo concerniente a su estructura y funcionamiento, la Agencia Andaluza de la Energía estará sometida a la presente Ley, a sus Estatutos y a las normas que se dicten en desarrollo la misma. Asimismo, le será de aplicación la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás normativa de general aplicación para las entidades derecho público de la Junta de Andalucía. El personal de la entidad se regirá por el derecho laboral, las relaciones patrimoniales por el derecho privado y el régimen de contratación se ajustará a las previsiones de la legislación contratos de las Administraciones Públicas.*

En resumen, el régimen jurídico de la nueva entidad queda remitido al Derecho privado, quedando muy clara su condición de ente de derecho público, salvo en dos aspectos que se señalan con desigual claridad en los que se proyecta su naturaleza jurídico-pública. Al primero de ellos se alude con la referencia a la aplicación de la Ley General de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, con lo que es evidente se está refiriendo al régimen financiero. Pero, al mismo tiempo, se dice que será aplicable a la nueva Agencia la normativa aplicable para las entidades de derecho público de la Junta de Andalucía ¿cuál? ¿a todas se le aplica la misma? ¿igual el Servicio Andaluz de Salud que el Instituto de Administración Pública de Andalucía? ¿lo mismo la Radiotelevisión Andaluza que el Instituto de Fomento de Andalucía? No se entiende muy bien por que este juego de adivinanzas desde los textos legales. Parece que el legislador no quiere que se sepa muy bien cual ha de ser la norma aplicable.

Porque la cuestión es, en definitiva, si a nuestra Agencia se aplica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo común y se somete al control contencioso-administrativo o no. Evidentemente, despejados los demás

aspectos: patrimoniales, de personal, financiero y contratación que expresamente se remiten al derecho privado, no queda otra posibilidad, de otra forma ¿para que se crea la Agencia como entidad de derecho público? La razón es muy sencilla, aunque la ley no la diga: para permitir que SODEAN ejerza potestades públicas. Si hay algo claro en nuestro Derecho administrativo, -y aún esto tiene sus dificultades- es que el ejercicio de potestades públicas se rige por el derecho público. Por eso el artículo que se ocupa del régimen jurídico administrativo de la Agencia dispone que *ésta estará sometida a las normas procesales comunes sobre competencia y jurisdicción aplicables a las personas de derecho privado, sin perjuicio de que la entidad actúe en el ejercicio de potestades administrativas, en cuyo caso será aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común* y consecuentemente en tal caso quedará expedito el control jurisdiccional contencioso-administrativo.

2 Funciones e iniciativas de la Agencia:

Con carácter general el ámbito funcional de la Agencia se define con las siguientes palabras: *promoverá la optimización, en términos económicos y ambientales, de la utilización y abastecimiento energético de la Comunidad Autónoma*. Este sintético cometido se desglosa en una amplísima relación de posibles actuaciones que transcribo:

- a) Mejorar la calidad de los servicios energéticos en la Comunidad.*
- b) Colaborar en la extensión y desarrollo de las infraestructuras energéticas de generación, transporte y distribución.*
- c) Conseguir la máxima eficiencia en las aplicaciones energéticas.*
- d) Profundizar en el grado de autoabastecimiento energético de la Comunidad a través de la diversificación de las fuentes.*
- e) Promover la aplicación de la innovación tecnológica, como potenciar el I+D en el sector energético en nuestra*
- f) Fomentar la utilización de energías renovables.*
- g) Contribuir al desarrollo de energías menos contaminantes, así como a limitar las emisiones de efluentes contaminantes a la atmósfera.*
- h) Promover y estimular el ahorro energético y el uso racional de la energía, y especialmente evitar pérdidas energéticas en los hogares y en las instalaciones públicas y privadas.*
- i) Potenciar la cogeneración.*
- j) Colaborar con las instituciones públicas y privadas en la puesta en marcha de actividades que mejoren el sistema energético.*
- k) Contribuir a la disminución de la contaminación y de los impactos ambientales causados por el sistema energético actual.*

- l) Promover la eficiencia energética en el transporte en la Comunidad Autónoma.*
- m) Fomentar y colaborar en el desarrollo de dispositivos de utilización más eficiente de la energía.*
- n) Promover y contribuir a una adecuada educación entre la población sobre el uso de la energía y el consumo energético.*
- ê) Contribuir a la extensión territorialmente equilibrada de la producción y de los suministros energéticos, promoviendo especialmente la electrificación de las zonas rurales aisladas.*
- o) Proponer las actuaciones que considere necesarias al órgano correspondiente de la Consejería que ostente las competencias en materia de energía.*
- p) Gestionar las líneas de ayuda que la Consejería competente en materia de energía le encomiende, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- q) Conceder subvenciones con cargo a su presupuesto de acuerdo con lo que dispone el artículo 104 de la Ley 5/1983 citada.*
- r) Realizar un informe anual del cumplimiento de los objetivos del Plan Energético.*
- s) Incentivar e impulsar a las Corporaciones Locales en el fomento de las energías renovables.*

De la simple lectura es fácil observar que salvo lo enunciado en el apartado q), todas las demás iniciativas, como las denomina la ley, pueden ser realizadas por cualquier sujeto de derecho, aunque carezca de la condición de entidad de derecho público. En esta iniciativa se descubre una potestad administrativa que, de alguna manera empieza a desvelar la adivinanza a que me refería antes, y confirma cual es, en último término, el sentido de la creación de la entidad: permitir que SODEAN puede otorgar subvenciones, aunque para ello se ha optado por *la desaparición formal* de SODEAN.

Para la realización de estas iniciativas la ley de modo imperativo, aunque sin carácter limitativo enuncia las medidas que la Agencia debe adoptar y que son las siguientes:

- a) Fomentar y propiciar la práctica de auditorías energéticas en los sectores público y privado.*
- b) Fomentar la eficiencia energética en el diseño y la construcción de viviendas y otros edificios, potenciando las certificaciones energéticas para nuevas edificaciones y para las existentes.*
- c) Fomentar actuaciones concretas de instalaciones energéticas renovables.*
- d) Elaborar y ejecutar los planes y programas encomendados por Administraciones Públicas y particulares.*
- e) Fomentar líneas de trabajo con aquellas entidades que apoyen la investigación energética.*

f) *Fomentar la organización de cursos de formación y reciclaje en todos los niveles educativos y profesionales.*

g) *Elaborar dictámenes y balances tanto temporales como sectoriales o generales.*

h) *Realizar campañas de concienciación e información dirigidas a empresarios, trabajadores y ciudadanos en general.*

i) *Promover inversiones en energías ambientalmente compatibles y renovables, así como medidas de ahorro energético.*

j) *Realizar estudios sistemáticos sobre los consumos energéticos y la facturación de los inmuebles destinados a oficinas o servicios de la Junta de Andalucía, así como analizar las ofertas económicas y técnicamente más ventajosas de las distintas empresas suministradoras.*

De nuevo la lectura del elenco de iniciativas nos sugiera la posibilidad de su ejercicio por sujetos de naturaleza privada. Este sujeto en la realidad andaluza no es otro que SODEAN. No hace falta discurrir mucho para identificarlo. La simple consulta de su página web describen una empresa de titularidad de la Junta de Andalucía a través del Instituto de Fomento cuyo objeto social nada tiene que envidiar el ámbito funcional y de iniciativas de la nueva Agencia, acaso si se exceptúa la potestad de otorgar subvenciones².

3. Órganos de la Agencia Andaluza de la Energía.

Los redactores del proyecto han hecho un descomunal esfuerzo de imaginación a la hora de establecer la organización de la Agencia. En efecto, el art. 6 de la ley dispone que *los órganos de gobierno y dirección de la Agencia Andaluza de la Energía son el Consejo Rector, el Presidente y el Director General. El Consejo Rector es el órgano superior de la entidad que ostenta la alta dirección, gobierna la Agencia y establece las directrices de actuación de la misma conforme a las emanadas de la Junta de Andalucía y tendrá la composición que se establezca en los Estatutos. Los miembros del Consejo Rector y su Presidente serán nombrados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a propuesta del titular de la Consejería que ostente las competencias en materia de energía. El Director General será nombrado por el Presidente de la Agencia.* Estas previsiones se completan con la disposición adicional primera –no entiendo muy bien este tipo de técnica legislativa, pues al menos yo no veo muy claro por que esta disposición no es un simple apartado más del art. 6– que de forma bastante indeterminada condiciona la composición del

² <http://www.sodean.es/g-somos.htm> de 10/07/2004.

consejo rector: *Los Estatutos establecerán un Consejo Asesor de la Agencia Andaluza de la Energía, en el que al menos estarán representadas las organizaciones más representativas en el ámbito sindical, empresarial, profesional, ecologistas, de consumidores, asociaciones de vecinos y universitaria y, que sin perjuicio de las competencias y funciones que establezcan los Estatutos, sirvan de cauce para una eficaz participación ciudadana y social, emitan información, consultas y presten asesoramiento en materia de energía. También estarán representadas la Administración General del Estado y las Administraciones Locales.* Si se me permite la expresión: *la tropa de Pancho Villa*, de donde ha de salir un consejo nombrado por el Gobierno de la Junta de Andalucía a propuesta de la Consejería con competencias sobre energía. Cuesta mucho pensar que no se hará un órgano a la medida de quienes detentan el poder en la Comunidad Autónoma, como viene siendo habitual.

Otra consideración que se desprende es el carácter instrumental de esta Agencia: su subordinación, que por no merecer el calificativo de jerárquica desde una perspectiva técnica, no por ello es menos rígida. Se confirma, además de con lo que acabo de decir, con las previsiones del párrafo 1 del art. sobre régimen jurídico-administrativo: *contra las resoluciones dictadas por el Director General de la Agencia Andaluza de la Energía, se podrá interponer recurso de alzada ante el Presidente; y contra las resoluciones dictadas por el Consejo Rector y por el Presidente se podrá, en su caso, interponer recurso de alzada ante el órgano competente de la Consejería que ostente las competencias en materia de energía.*

Directrices de la Junta de Andalucía que, proceden de la Consejería competente en materia de energía y recurso de alzada ante ésta configuran dos técnicas de subordinación jerárquica que, si bien no conforman por completo una relación de este tipo por cuanto nos hallamos ante una relación interadministrativa, crean una situación fáctica difícilmente calificable de otra manera, aunque técnicamente podamos denominarla *de instrumentalidad*.

3. La Agencia y SODEAN

La vinculación de la Agencia a SODEAN es más que evidente y se desarrolla de modo especial en la disposición adicional segunda y en la transitoria única que configura una clara relación de sucesión, hasta el punto de que se puede afirmar que la Agencia Andaluza de la Energía no es otra cosa que la metamorfosis de SODEAN que se desnuda de su vestido de sociedad mercantil y se enfunda el traje de entidad de derecho público permaneciendo todo como está. Véanse como operan las disposiciones citadas.

Las acciones de que sea titular la Sociedad para la Promoción y Reconversión Económica de Andalucía S. A. (SOPREA, S.A.) en la Sociedad para el Desarrollo Energético de Andalucía (SODEAN) constituyen parte de la dotación patrimonial inicial de la Agencia, una vez realizada la transferencia de acciones, a la entrada en vigor de sus Estatutos, la Agencia Andaluza de la Energía procederá a su liquidación y extinción, asumiendo el patrimonio resultante de dicha liquidación (disposición adicional segunda). En consecuencia, el personal que al liquidarse SODEAN preste servicios en la misma se incorporará a la Agencia Andaluza de la Energía, subrogándose esta última en los derechos y obligaciones derivados de los contratos laborales celebrados por aquella, reconociéndose el tiempo de servicios prestados a los efectos de la retribución que corresponda en concepto de antigüedad. Todo muy coherente, además con el régimen del personal de la nueva entidad que, al decir del art. 2 se regirá por el derecho laboral y 10 sin perjuicio de que su contratación se realice de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y sin perjuicio también de la contratación de personal de alta dirección de acuerdo con la normativa que le sea de aplicación y la posibilidad de que se incorporen funcionarios al servicio de las distintas Administraciones públicas, que quedarán en sus cuerpos de origen en situación de excedencia voluntaria y lógicamente en régimen laboral. Por consiguiente, el mismo perro con distinto collar, esto es, SODEAN de derecho público, pero para actuar por sujetos físicos y reales de derecho privado: ficticio retorno, pues, al Derecho administrativo.

¿Que sentido tiene todo esto? Desde el punto de vista técnico-jurídico entiendo que ninguno, pues si bien es cierto que con una entidad de Derecho público se justifica el ejercicio de potestades públicas y parece coherente el acceso al control contencioso-administrativo, a esta solución puede llegarse por caminos más directos y claros, en especial si el final de todo es que las potestades públicas de que es titular la Agencia van a ser ejercidas por personas que ni siquiera tiene la condición de funcionarios públicos. Si la operación de transformación de SODEAN en entidad de Derecho público hubiera desembocado en una funcioarización del personal, podría tener algún sentido, pero tal como se ha hecho no se justifica sino como un tributo, una vez más, a las formas hueras y a las modas, una expresión más de lo políticamente correcto, una carrera más para seguir donde se estaba. No es que la operación que lleva a cabo la ley me parezca incorrecta, es más sencillamente, innecesaria producto de modas más que de necesidad. No extraña, por tanto, que la tardanza en la constitución de la Agencia no resulte perjudicial .