

La Reordenación del Sector Público Andaluz: Reflexiones para el debate

Severiano Fernández Ramos

Acreditado al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: UNA REFORMA ACCIDENTADA. II. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA. III. LOS MOTIVOS DESENCADENTADOS DE LA REFORMA. 1. La sujeción de las entidades instrumentales privadas a la normativa de contratación pública. 2. La prohibición de las entidades instrumentales privadas de ejercer funciones públicas. 3. Las limitaciones a las encomiendas de gestión a entidades instrumentales privadas. 4. El régimen de selección del personal. 5. Estabilidad presupuestaria y responsabilidad patrimonial. 6. Recapitulación: el proceso general de «agencialización». IV. EL NUEVO SISTEMA DE AGENCIAS. 1. El sistema de Agencias en la LAJA 2007. 2. El sistema de Agencias en tras la Ley 1/2011. 3. Régimen del personal de las Agencias: la doble dependencia. 4. Integración del personal en las agencias. 5. Integración del personal funcionario. 6. Integración del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. 7. La reserva funcional al Estatuto funcional. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

Tras un accidentado inicio, la Ley 1/2001, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, constituye la mayor reforma de la Administración de la Junta de Andalucía desde su creación. Este trabajo tiene por objeto aportar elementos para el necesario debate doctrinal acerca de las novedades que suscita la Ley 1/2001 y, en particular, acerca de la nueva modalidad de agencias públicas empresariales y el régimen del personal de las mismas.

Palabras claves:

Huida del Derecho Administrativo. Agencias públicas. Funciones públicas.

ABSTRACT:

After a rough start, law 1/2001 of 17 February, rearrangement of the public sector in Andalusia, is the most comprehensive reform of the administration of the Junta de Andalucía since its inception. This work aims to make a

contribution to the necessary doctrinal debate about developments arising from Act No. 1 of 2001 and, in particular on the new mode of business public agencies and the staff of the same regime.

Keywords:

Flight of the administrative law. Public agencies. Public functions.

I. INTRODUCCIÓN: UNA REFORMA ACCIDENTADA

El *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* publicó el 28 de julio de 2010 el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, así como el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía¹. Mediante este Decreto-Ley se operaba una reforma de la regulación de las entidades instrumentales contenida en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), al tiempo que se modificaba el régimen de un conjunto importante de dichas entidades². En la práctica, el Decreto-Ley 5/2010 venía a constituir la mayor reforma de la Administración de la Junta de Andalucía desde su creación, y una operación de gran envergadura y calado político y jurídico.

En concreto, el Decreto-Ley 5/2010 crea la *Agencia Andaluza del Conocimiento* (que sustituye al organismo autónomo Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, a la Sociedad para el Impulso del Talento, Talentía, S.L.U., y el Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U.)³; la *Agencia de Obra Pública* (que sustituye a Ferrocarriles de la Junta de Andalucía, hasta entonces entidad de derecho público del artículo 6.1.b de la Ley 5/1983 General de Hacienda Pública de la Co-

¹ Este plan tiene su origen inmediato en el Acuerdo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010, según el cual las Comunidades Autónomas asumieron el compromiso de aplicar una política de racionalización del sector público.

² El acuerdo adicional del Consejo de Gobierno era preciso por razones legales. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma, la extinción de fundaciones del sector público deben ser autorizadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

³ La Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria fue creada por la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades, como Organismo Autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía.

munidad Autónoma de Andalucía, y a la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.)⁴, la *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol* (que sustituye a la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol, hasta entonces entidad de derecho público del artículo 6.1.b de la Ley 5/1983)⁵, la *Agencia de Gestión Agraria y Pesquera* (que sustituye a la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A.)⁶, la *Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía* (que sustituye a la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y a la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, FADAIS)⁷, la *Agencia Andaluza de Instituciones Culturales* (que sustituye al Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, hasta entonces entidad de derecho público del artículo 6.1.b de la Ley 5/1983)⁸ y la *Agencia del Medio Ambiente y Agua de Andalucía* (que sustituye a la Agencia Andaluza del Agua, hasta entonces or-

⁴ El Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces fue creado por la Ley 2/2003 de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía como una entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Ley 9/2006 de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, modificó su denominación por la de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía. Por su parte, GIASA tenía origen en la Empresa Sociedad de Gestión de Infraestructuras, Sierran Nevada 1995.

⁵ La Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol fue creada por Ley 4/1992, de 30 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1993.

⁶ Esta empresa tenía origen en la Empresa Andaluza de Gestión de Tierras SA, modificada mediante Decreto 180/1996, de 7 de mayo.

⁷ La disposición adicional sexta de la Ley 9/2007 autorizó la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la misma Ley, pero tal agencia no llegó efectivamente a crearse. Por su parte, la constitución de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales fue autorizada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en su reunión del día 24 de octubre de 2000, como una fundación de carácter social, con la finalidad de desarrollar y divulgar actuaciones a favor de las personas y grupos socialmente desfavorecidos. Finalmente, la Fundación Pública Andaluza para la Atención a las Drogodependencias se constituyó en marzo de 1998 como entidad de gestión dirigida a la atención de personas afectadas por las drogodependencias y adicciones. En el año 2006 se ampliaron los fines sociales de FADAIS, incluyendo a otros colectivos desfavorecidos socialmente o en riesgo de exclusión.

⁸ Se da la circunstancia de que la denominación de Instituto Andaluz de las Artes y las Letras fue creada tan sólo unos pocos meses antes, el 13 de abril de 2010, para cambiar de nombre a la hasta entonces la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, la cual, a su vez, tiene origen en la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales y Deportivos, creada por la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1992, como empresa de la Junta de Andalucía de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ganismo autónomo, y a la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A.)⁹. Asimismo, se modifica la configuración de otras entidades: el *Servicio Andaluz de Empleo* (hasta entonces organismo autónomo) adopta la configuración de agencia de régimen especial y sustituye a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo¹⁰; y se configuran como agencias públicas empresariales la *Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo*¹¹ y el *Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*¹².

El Decreto-Ley 5/2010 sería convalidado por el Parlamento andaluz al día siguiente de su publicación, el 29 de julio de 2010¹³, si bien ello no sería sino el inicio de un complejo y accidentado proceso normativo. De hecho, el Decreto-Ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de un grupo de diputados del Partido Popular¹⁴.

Pero, sobre todo, debido a la altísima (y sin precedentes) contestación por parte de sectores amplios de los empleados públicos de la Administración au-

⁹ EGMASA, empresa pública de la Junta de Andalucía de las previstas en el artículo 6.1.a) de la Ley General de Hacienda Pública, fue autorizada su constitución por el Decreto 17/1989 de 7 de febrero, siendo suscrito el capital social íntegramente por la Agencia de Medio Ambiente, organismo autónomo de la Junta de Andalucía extinguido posteriormente. Por su parte, la Agencia Andaluza del Agua tiene origen en el Instituto Andaluz del Agua, creado en 2001 como órgano administrativo dependiente de la Secretaría General de Aguas y transformado por la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en el organismo autónomo Agencia Andaluza del Agua. Todavía el Decreto 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprobaron los nuevos estatutos de la Agencia Andaluza del Agua, continuaba considerando a esta entidad como organismo autónomo de carácter administrativo.

¹⁰ El Servicio Andaluz de Empleo fue creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía.

¹¹ Por Decreto 347/2004, de 25 de mayo, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Consejería de la Presidencia, se creó la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional como Centro Directivo de la citada Consejería. Y por Ley 2/2006, de 16 de mayo, se transformó en la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, como Entidad de Derecho público.

¹² El Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico fue creado como servicio administrativo sin personalidad jurídica propia por el Decreto 107/1989, de 16 de mayo, y a partir de la Ley 5/2007, de 26 de junio, pasó a constituirse en entidad de derecho público de las previstas entonces en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹³ *BOJA* 6-8-2010.

¹⁴ Recurso de Inconstitucionalidad núm. 7686-2010, que sería admitido a trámite por el pleno del Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2010. *BOJA* 15-12-2010.

tonómica, el Gobierno andaluz pactó el 29 de octubre de 2010 una modificación de algunos aspectos del Decreto-Ley 5/2010 con dos organizaciones sindicales (UGT y CC OO)¹⁵, acuerdo que sería ratificado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía el 18 de noviembre de 2010¹⁶, y tales modificaciones se plasmaron en el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de «medidas complementarias» del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, cuando en realidad se trataba de una rectificación parcial del mismo¹⁷.

Sin embargo, esta modificación pactada con las dos centrales sindicales no pacificó la reforma, pues se encontró con la oposición del resto de organizaciones sindicales específicas del ámbito del empleo público andaluz (CSI-CSIF, SAFJA, USTEA), así como de asociaciones y plataformas creadas «ad hoc» por los propios empleados públicos. Así, aun cuando el Decreto-Ley 6/2010 fue también convalidado por el Parlamento andaluz, se acordó su tramitación como proyecto de ley con objeto de mejorar la legitimación de las medidas contenidas en el mismo¹⁸, lo cual obligó a prorrogar, mediante Decreto Ley 7/2010, de 28 de diciembre, los plazos establecidos en los Decretos-Leyes an-

¹⁵ Según la propia exposición de motivos del posterior Decreto-Ley 6/2010: «Las cuestiones más importantes de dicho Acuerdo están relacionadas con las garantías de salvaguarda de los derechos de los empleados públicos, reforzando la voluntariedad del proceso de integración. Asimismo, queda garantizada la aplicación del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario y la aplicación del Convenio Colectivo de la Administración de la Junta de Andalucía al personal laboral de dicha Administración hasta que exista un nuevo convenio colectivo. De igual forma, se indica que se mantiene la condición de personal funcionario o laboral, con independencia de su integración en alguna de las nuevas agencias».

¹⁶ Los acuerdos alcanzados en la Mesa General de Negociación del Empleado Público fueron aprobados por el Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2010 (*BOJA* 27-12-2010), por tanto, más tarde de la aprobación del Decreto-Ley 6/2006 que los plasmó normativamente. Asimismo, debe señalarse que el texto no fue objeto de negociación en la Mesa Sectorial de Administración General, ni en la de Sanidad, ni en la Educación.

¹⁷ El Decreto-ley 6/2010 optó por la reproducción del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, integrando en el mismo las modificaciones que se realizan, procedentes del Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía. Según la exposición de motivos: «Con ello se pretende lograr una mejor comprensión de las medidas adoptadas así como facilitar su aplicación, dando preponderancia a su carácter didáctico sobre la mayor extensión del mismo». Esta técnica, un tanto sorprendente, era probablemente necesaria debido a la intención de tramitar en el Parlamento el Decreto-Ley como Proyecto de Ley.

¹⁸ *BOPA* 10-12-2010.

teriores para concluir el proceso de adecuación de la reordenación del sector público¹⁹.

Finalmente, tras su tramitación por el procedimiento de urgencia, el Parlamento andaluz aprobó la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía²⁰, que será la norma a aplicar en el futuro, pues en la práctica el Decreto-Ley 5/2010 careció de aplicación, lo cual cuestiona la utilización de la figura del Decreto-Ley. Por lo demás, la Ley 1/2001 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de un grupo de parlamentarios del PP²¹. Asimismo, el 19 de abril de 2011 el Consejo de Gobierno aprobó los Estatutos de las Agencias previstas por la Ley 1/2011²², y al

¹⁹ *BOJA* 31-12-2010. De acuerdo con la disposición adicional tercera del Decreto-Ley 5/2010, que no modificó el Decreto-Ley 6/2010, los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afectaba el Decreto-Ley debían aprobarse y publicarse antes del 31 de diciembre de 2010, y antes de la misma fecha debían concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas del mismo. Por su parte, el Decreto-Ley 7/2010 estableció que el plazo sería de seis meses a partir de la entrada en vigor del propio Decreto-Ley 7/2010 –disposición final tercera–. Como puede apreciarse, aun cuando en la práctica habitual este tipo de plazos se incumplen sin mayores problemas, en este caso el Gobierno andaluz actuó con celeridad prorrogando y publicando la prórroga dentro del plazo, con objeto de no dejar un nuevo flanco a las impugnaciones futuras.

²⁰ *BOJA* 21-2-2011. La Ley 1/2011 volvió a modificar la disposición final tercera del anterior Decreto-Ley 6/2010: «Los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afecta esta Ley deberán aprobarse y publicarse antes del día 30 de junio de 2011. Antes de la misma fecha habrán de concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas de la misma».

²¹ Recurso de Inconstitucionalidad núm. 2733-2011, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra ciertos artículos y disposiciones de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 7 de junio de 2011. *BOJA* 27-6-2011.

²² *BOJA* 29-4-2011. Decreto 92/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento; Decreto 94/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía; Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo; Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias; Decreto 99/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía; Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales; Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; Decreto 104/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía. La Ley 1/2011 dispuso que los Estatutos de las Agencias se-

día siguiente, 20 de abril, serían aprobados mediante resoluciones de la Secretaría General para la Administración Pública los correspondientes protocolos de integración²³. A estos Decretos han seguido otras disposiciones organizativas en la misma línea²⁴.

II. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA

En el contexto político de una entonces eventual reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981, en septiembre de 2003 el Gobierno andaluz publicó un documento llamado “*Estrategias y propuestas para la segunda modernización de Andalucía*”²⁵. Entre otras muchas temáticas, en este documento se aborda la necesidad de «reinventar las Administraciones Públicas»²⁶:

«Si los modelos organizativos de las comunidades autónomas se han basado hasta ahora en una clara imitación del modelo estatal tradicional, el

rían objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional octava). Lo cierto es que después de la anulación de los Estatutos de la Agencia Tributaria Andaluza por falta de negociación previa, era más que evidente la necesidad de respetar este trámite

²³ *BOJA* 30-4-2011. El Decreto-Ley 5/2010 ya dispuso que los protocolos de integración serían aprobados previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal e informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda (disposición adicional cuarta). Por su parte, la Ley 1/2011 mantuvo el precepto anterior y añadió que los protocolos de integración también serían objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional octava).

²⁴ Decreto 217/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversas entidades de Derecho Público a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, por el que pasan a adquirir la condición de agencias públicas empresariales de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (adscrito a la Consejería de Educación), la Agencia Andaluza de la Energía, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (ambas adscritas a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia), la Agencia Pública de Puertos de Andalucía y la Empresa Pública de Suelo de Andalucía (ambas adscritas a la Consejería de Obras Públicas y Vivienda). Se trataba de entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

²⁵ El documento fue elaborado por el Consejo Asesor para el debate de la Segunda Modernización de Andalucía, nombrado por el Consejo de Gobierno y presidido por Manuel Pezzi, y publicado por la Consejería de Presidencia. Los textos subrayados son míos.

²⁶ Los subrayados son míos.

propio desarrollo autonómico y la necesidad de responder competitivamente a los desafíos del futuro exigen avanzar hacia fórmulas organizativas más innovadoras y originales. Unas fórmulas que cuentan ya con precedentes suficientemente que son conocidos internacionalmente, así como con experiencias desarrolladas en Andalucía que requieren, en todo caso, progresar hacia una nueva cultura organizativa donde se prime la posición estratégica de las unidades, por encima del mero organigrama.

Desde esta perspectiva se propone como postulado general de partida un modelo de adecuación de la estructura general de la Administración autonómica a la dualidad entre:

1. Funciones regulativas o finalistas de carácter general, atribuidas a una esfera burocrática central.

2. Funciones estrictamente implementadoras o prestadoras, que serán susceptibles de un proceso de agencialización pública.

(...). Ello implicará una doble propuesta:

> Reordenación y simplificación de las estructuras centrales, evitando la reiteración de competencias fragmentadas y verticalizadas actualmente existentes.

> Reestructuración de las esferas periféricas encargadas de labores de prestación, siguiendo un diseño de horizontalización que incremente la capacidad prestadora, lo que puede alcanzarse a través de un proceso general de agencialización pública, que iría más allá del simple estatuto de la empresa pública desarrollado en otras comunidades autónomas. Teniendo en cuenta las diversas experiencias comparadas, se trataría de avanzar hacia un modelo básico de agencia caracterizado por su titularidad estrictamente pública, por su vinculación a un marco finalista estratégico (que se define de forma expresa desde la esfera central, sobre la base de contratos-programa que establecen los objetivos públicos a alcanzar), y sometida a un intenso sistema de control de resultados.

(...)

Al tratarse de un modelo o propuesta de carácter general, debe entenderse generalizable de forma gradual hacia todos los ámbitos materiales de la acción pública autonómica, sobre la base de un criterio de especialización funcional entre:

> Las áreas que definen objetivos establecen regulaciones, planifican líneas de actuación, fijan modelos de prestación, asumen funciones de supervisión y control, etcétera que quedarían situadas en el ámbito departamental de las Consejerías.

> Las áreas estrictamente prestadoras de servicios, que serían en su caso agencializables.

(...)

Desde la perspectiva del diseño organizativo, la propuesta implicará lógicamente una reducción de los servicios centrales, eliminando las duplicaciones y distorsiones competenciales actualmente existentes, al mismo tiempo que podrían ampliarse los recursos comunes a los diversos departamentos. En todo caso, la estructuración interna de estas áreas centrales debería ajustarse a la dualidad entre sectores de planificación y regulación, frente a los de evaluación y control, buscando siempre un modelo de organización más plana y una clarificación en cuanto a atribución de responsabilidades.

La implementación legal de esta propuesta requeriría el desarrollo de mecanismos de traspasos de personal y competencias a las agencias, y regulación del sistema de relaciones entre éstas y la organización central, especialmente en el ámbito de la gestión financiera: aunque a este respecto cabe aludir a la experiencia adquirida en Andalucía en torno a los denominados «contratos-programa»²⁷.

(...)

En cuanto a la política de personal, aunque el elemento humano parece el más interesado en la modernización de las organizaciones públicas, su reforma ha sido siempre la que ha planteado más resistencias. La adquisición de determinados estatus genera un ambiente reacio al cambio entre el personal público: de ahí la necesidad de una estrategia sobre recursos humanos en la Administración, implicando la fijación de tareas y metas, donde se concilien los intereses de los ciudadanos y usuarios con los de la propia organización. Se

²⁷ El documento no ahorra algún descalificativo para los profesionales del Derecho: «Igualmente exigiría una modificación de los soportes legales que condicionan el funcionamiento del sector público, así como un esfuerzo global de innovación que permita a la esfera jurídica y a los profesionales del derecho convertirse en instrumentos de impulso y gestión del cambio, abandonando su tradicional postura de freno y/o de conservación de las rutinas adquiridas en el pasado» (pág. 84).

trata siempre de un escenario inestable donde el desafío de la mayor eficacia de las organizaciones públicas se enfrenta a un complejo equilibrio de tensiones, con alternativas plurales.

Por eso una estrategia de recursos humanos exige siempre un razonable grado de consenso con el propio personal afectado, implicando un adecuado conocimiento de los intereses y necesidades de los colectivos afectados.

(...)

3. El nuevo modelo de organización exige profundizar en una clara diferenciación:

> El estatuto jurídico que le corresponde al funcionario público, que deberá estar investido de la *autoritas* propia de su función, aunque restringida a los supuestos que inexcusablemente son necesarios para su ejercicio.

> El resto del personal al servicio de las organizaciones públicas que presta servicios a los ciudadanos, y que inevitablemente debe acercar su regulación jurídica al resto de los trabajadores por cuenta ajena.

Desconozco si los redactores del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, tuvieron o no presente esta propuesta, pero en cualquier caso es evidente que en ella se encuentran los dos elementos fundamentales de la llamada reordenación del sector público andaluz: de un lado, la descentralización de las funciones ordinarias de la Administración de la Junta de Andalucía a agencias públicas (el llamado por el documento «proceso general de agencialización pública»), y, de otro, la preferencia por el personal laboral, circunscribiendo al personal funcionario al mínimo imprescindible. Y todo ello en un contexto de bonanza económica.

En todo caso, lo cierto es que durante la legislatura siguiente (2004-2008) este documento de propuestas pasó al olvido, pues el Gobierno andaluz centró su agenda política en la reforma del Estatuto de Autonomía. Más aún, hacia el final de esta legislatura y ya en vigor el nuevo Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía), fue aprobada la 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que presenta un diseño ortodoxo, muy influenciado por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (salvo en lo referente a la Administración periférica), y que en absoluto

permite pensar en una reforma de calado como la llevada a cabo por la Ley 1/2011.

Mientras tanto, el Gobierno siguió la práctica de creación de entidades jurídico-privadas y de encargos o encomiendas de gestión a las mismas por parte de la Consejería de múltiples actividades, práctica –como es notorio– muy extendida en todo el país y de la que se ha ocupado extensamente la doctrina²⁸, si bien en la Comunidad Autónoma andaluza alcanzó desde finales de los años 90 una considerable dimensión²⁹.

III. LOS MOTIVOS DESENCADENTES DE LA REFORMA

Junto al detonante de la crisis económica y la inexcusable necesidad de ahorrar gasto público, así como junto a otro tipo de preocupaciones sobre una eventual supresión de empresas y fundaciones del sector público, con el consiguiente despido del personal, hay además motivaciones estrictamente jurídicas detonantes de la reforma. En efecto, con invocación del principio constitucional de eficacia, mediante la creación de entes instrumentales con forma jurídico-privada se ha tratado fundamentalmente de eludir los procedimientos de control del gasto y de selección de contratistas y empleados y, en general, la aplicación de los procedimientos y garantías propias del Derecho Administrativo³⁰. Sin embargo, esta situación ha cambiado en los últimos años, sobre to-

²⁸ Véase, entre otros, S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n° 140 (1996); E. MONTOYA MARTÍN, “Las empresas públicas sometidas al derecho privado”. *Monografías jurídicas*. Ed. MP, (1996); A. TRONCOSO REIGADA “Privatización, empresa pública y constitución”. *Monografías jurídicas*. Ed. MP., (1997); R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Ed. Marcial Pons, (1998).

²⁹ La entonces Consejería de Justicia y Administración Pública publicó un completo inventario, cerrado a 31 de diciembre de 2004, de «La Administración Instrumental de la Junta de Andalucía», ISBN 84-688-7847-2. Sobre la situación anterior a la LAJA, véase M. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, n° 161, 2003, pp. 359 y ss., donde señala las prácticas patológicas, pero extendidas, de encargar a una entidad instrumental jurídico-privada no ya una actividad, sino meramente la contratación del personal. Una visión global de las entidades dependientes de las Comunidades Autónomas se puede obtener en el Informe “Inventario de Entes Dependientes de las Comunidades Autónomas” que anualmente publica el MEH.

³⁰ Véase M. NAVAJAS REBOLLAR, *La nueva Administración instrumental*, Colex, Madrid, 2000; R. FERNÁNDEZ MONTALVO, «Régimen de contratación de la Administración instrumental», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, p. 121.

do desde la aprobación, casi contemporánea, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y de la propia Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA).

1. La sujeción de las entidades instrumentales privadas a la normativa de contratación pública

Como es bien sabido, la Ley 13/1995, de 28 de diciembre, de Contratos de las Administraciones Públicas limitó su ámbito de aplicación, de un modo formal, a las «entidades de derecho público» (situación que no se vería alterada sustancialmente tras la reforma llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre), mientras que para las sociedades mercantiles del sector público se dispuso únicamente su sujeción a unos genéricos principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional sexta)³¹. Como puso de manifiesto la doctrina, esta disposición no concreta las específicas formas de cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, por lo que resulta complicada la exigencia de respeto de dichos principios³².

Sin embargo, era un hecho cierto que esta noción jurídico-formal de entidades de derecho público no se acomodaba a la norma y ni a los criterios comunitarios de la contratación pública, situación ampliamente denunciada por la doctrina³³ y que se vio confirmada por varias sentencias condenatorias de

³¹ Sobre la evolución del régimen contractual de estas entidades, véase A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «La actividad contractual de las sociedades públicas», en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo*, Cívitas, Madrid, 2003, pp. 429 y ss.

³² Así lo señalaba A. PÉREZ MORENO, «La contratación de los Entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en VV. AA., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cívitas, Madrid, 1996. La debilidad de la DA 6ª LCAP fue puesta pronto de manifiesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe de 24/95, de 24 de octubre relativo al alcance y aplicación de la DA 6ª LCAP a las sociedades mercantiles de capital público, al declarar que la DA 6ª «*sujeta la actividad contractual de las sociedades mercantiles de capital público a los principios de publicidad y concurrencia, si bien la sujeción a estos principios no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia, pues de haberlo querido así el legislador lo hubiera consignado expresamente, debiendo ser la propia empresa la que deba decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque sí posible, acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones para contratar, etc...) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyos preceptos no quedan sujetas las sociedades de capital público*».

³³ Véase entre la doctrina de esta época, S. DEL SAZ CORDERO, «La huida del Derecho administrativo. Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, nº

España por el Tribunal de Justicia³⁴, lo cual obligó a legislador estatal a reformar el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social –art. 67–³⁵, criterio que también sería seguido por el legislador autonómico³⁶.

En todo caso, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, delimita tanto a las sociedades mercantiles como a las fundaciones del sector público dentro de su ámbito subjetivo de aplicación (artículo 3.1. letras d y f). Y dentro de las entidades que integran el sector público, a efectos de la Ley 30/2007, tendrán la consideración de *poderes adjudicadores* (artículo 3.3), las entidades del sector público que no siendo Administraciones Públicas, hayan

133 (1994); J.M^a BAÑO LEÓN, «La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP* núm. 151, 2000, pp. 11 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de “Poder adjudicador” en las Directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras”, *RAAP*, n^o 41, 2001, págs.121-154; G. MARTÍNEZ MARTÍ, «El régimen jurídico de contratación aplicable a las sociedades mercantiles públicas y la huida del Derecho Administrativo», *RVEH* N^o 3 – III/2001, pp. 71 y ss.

³⁴ STJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión contra Reino de España, asunto 214/2000; STJUE de 16 de octubre de 2003, Comisión contra R. de España, asunto C-283/2000.

³⁵ El artículo 2.1 del TRRL pasó a disponer lo siguiente: «Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del impuesto sobre el Valor Añadido de 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.

³⁶ El artículo 122 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (*B.O.ª* número 251, de 31 de diciembre de 2003), dispuso: “Las entidades privadas vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que tengan la condición de poder adjudicador de conformidad con las disposiciones comunitarias, se someterán a la legislación administrativa de contratos para la preparación y adjudicación de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, siempre que la cuantía de los mismos iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia³⁷.

La condición de poder adjudicador parece evidente para las Fundaciones, por su propia naturaleza de organizaciones sin ánimo de lucro que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general³⁸. Por el contrario en el caso de las sociedades mercantiles, dada su naturaleza será preciso analizar –caso por caso– su objeto social, para constatar si concurren o no las circunstancias exigidas por el artículo 3.3 de la Ley 30/2007³⁹. No obstante, lo cierto es que debido al carácter acentuadamente instrumental de las sociedades mercantiles creadas por el Gobierno de la Junta de Andalucía, criterio de instrumentalidad acentuado por la LAJA, puede afirmarse que la gran mayoría deben considerarse poderes adjudicadores a efectos de su sujeción a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

2. La prohibición de las entidades instrumentales privadas de ejercer funciones públicas

Como es sabido, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) estableció con referencia a las sociedades mercantiles estatales que “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública” (disposición adicional duodécima)⁴⁰, criterio que reproduciría la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, para las fundaciones del sector público es-

³⁷ Véase, L. MELLADO RUIZ, «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP* 74, 2009, en particular pp. 118 y ss.

³⁸ Así, lo señala M. MESA VILA, «La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y su influencia en el régimen de contratación de las fundaciones del sector público andaluz», *RAAP* núm. 69, 2008, p. 310.

³⁹ En el caso de no concurrir las circunstancias del artículo 3.3. de la Ley 30/2007, el artículo 176.1 de la Ley determina que las restantes Entidades del sector público, que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

⁴⁰ Prohibición que fue en su día aplaudida por la doctrina. Así, S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP* n° 144, 1997, p. 12. No obstante, como observara J.L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ –“Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?”–,

tatal, al establecer que estas entidades no podrán ejercer potestades públicas –art. 46.1–. Asimismo, para las Entidades Locales, el artículo 85.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local), dispuso que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”⁴¹. Sin embargo, ni el precepto de la LOFAGE ni el de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, desafortunadamente, eran normas básicas⁴².

No obstante, una prohibición equivalente vino impuesta, ahora sí con el carácter de norma básica, por Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Como es sabido, el EBEP –art. 9.2– establece: «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». Y dado que el personal de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público es exclusivamente laboral ello supuso extender a estas entidades la prohibición de ejercicio de potestades públicas.

Pero, además, en el ordenamiento andaluz esta prohibición se introdujo por la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autó-

RAP n° 144, 1997, p. 59–: “Ciertamente es, sin embargo, que si esa prohibición (ser refiere a la contenida en la disp. Adicional 12ª LOFAGE) no tiene más rango formal que el que corresponde a una ley ordinaria reguladora de la actividad de la Administración del Estado, difícil será evitar que no pueda ser excepcionada por otras leyes posteriores en relación con el propio Estado”. Como señalara F. LÓPEZ MENUDO, “no hay situación más peligrosa para la libertad y la seguridad jurídica que un sujeto privado dotado de prerrogativas públicas”. “El Derecho Administrativo como derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias”, en la obra colectiva “La Administración Instrumental. Libro homenaje a Clavero Arévalo”, Civitas, Madrid, 1994, p. 574.

⁴¹ Sobre la situación anterior a Ley 57/2003, que parecía admitir el ejercicio de potestades administrativas por sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, véase R. LEÑERO BOHÓRQUEZ, «La sociedad mercantil de capital íntegramente público como forma de gestión directa de los servicios locales», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, en particular pp. 97 y ss.

⁴² Sin embargo, un sector de la doctrina venía defendiendo que del art. 2.2 LRJPAC se desprende que únicamente a las Administraciones Institucionales se les permite un régimen jurídico distinto al administrativo, de modo que aun cuando no ejerzan potestades administrativas están sometidas al procedimiento administrativo. F. LÓPEZ RAMÓN, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *RAP* núm. 130 (1993), pág. 119.

noma de Andalucía: «Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos» –art. 57.1–. Y la prohibición fue también extendida por la LAJA para las sociedades mercantiles del sector público andaluz: «En ningún caso podrán ejercer potestades administrativas –art. 75.2–»⁴³, y para ambos tipos de entidades: «Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz tienen personalidad jurídica privada, por lo que *en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad*» –art. 52.3–⁴⁴.

A este respecto, el propio Defensor del Pueblo Andaluz defendió una noción amplia de potestades administrativas, que comprende no sólo las clásicas y consabidas potestades exorbitantes (potestad sancionadora, recuperación de oficio, deslinde, potestad expropiatoria, ejecución forzosa, potestad tributaria, tarifaria, etc.), sino cualquier actividad pública que sea desarrollada desde una posición de superioridad frente a los sujetos privados, lo que englobaría actividades de fomento y, con carácter general, el ejercicio de actividades públicas que supongan el reconocimiento o la restricción de derechos y libertades de la ciudadanía. Así, dirá el informe:

«no resulta admisible que las sociedades mercantiles del sector público realicen actuaciones desde una posición de superioridad material semejante a la que ocupa la Administración, ya que en ese supuesto estarían actuando como si fueran un poder público»⁴⁵.

Pero, además, a partir del precepto de la LAJA –art. 75.2– según el cual las sociedades mercantiles del sector público andaluz «tendrán por objeto la

⁴³ Además, para las sociedades mercantiles del sector público andaluz, la LAJA –art. 12.1– establece que corresponde al Consejo de Gobierno la autorización para su creación, que ha de hacerse “para la prestación de servicios de contenido económico que *no impliquen ejercicio de autoridad* y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones públicas”.

⁴⁴ Con todo, la LAJA –art. 12.3– plantea la posibilidad de que las entidades que integran el sector público andaluz puedan participar en la creación de Consorcios, que al constituir entidades de derecho público pueden ejercer potestades administrativas, lo cual no se compadece con la prohibición antes indicada, tal como ha señalado J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía», trabajo inédito.

⁴⁵ «Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía», Noviembre de 2007, p. 25.

realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia», el Defensor del Pueblo Andaluz mantuvo que estas entidades instrumentales privadas no estaban habilitadas para realizar actividades propias de organismos de Derecho Público.

Respecto a las fundaciones del sector público, a partir de la Ley 10/2005, el Defensor del Pueblo Andaluz concluye que lo único que pueden realizar es actuaciones de gestión de servicios públicos, es decir, actividades materiales o técnicas que resulten precisas para el desarrollo de una actividad prestacional encomendada a la Administración, y no se creación de servicios⁴⁶. Incluso cabría preguntarse si bien es lícito que puedan gestionar prestaciones públicas, tal vez no lo sea la competencia para concederlas y denegarlas.

A este respecto, cabe recordar que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dispuso lo siguiente: «Los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán *directamente por las Administraciones Públicas* no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas –art. 28.6. Y aquí habría que incluir que tampoco pueden ser objeto de encomienda de gestión a entidades privadas. Ello obligó a que la propia LAJA ya contemplara la creación de una Agencia para la Dependencia⁴⁷.

3. Las limitaciones a las encomiendas de gestión a entidades instrumentales privadas

Como es sabido, la LRJPAC –art. 15–posibilitó las encomiendas de gestión entre Entidades Públicas, pero dispuso lo siguiente: «El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, *sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta na-*

⁴⁶ 2007, p. 34.

⁴⁷ La disposición adicional sexta de la LAJA autorizó al Consejo de Gobierno para la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía, como Agencia de Régimen Especial, de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley.

turalidad de actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo».

Con todo, la Comunidad Autónoma andaluza, como otras, articuló mecanismos para dar cobertura legal a las encomiendas de gestión a entidades instrumentales jurídico-privadas. En efecto, ya la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1999 en el art 19 reguló los “*encargos de ejecución*” a las empresas de la Junta de Andalucía, en el marco de sus estatutos y objeto social⁴⁸.

Sin embargo, la conocida sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 condenatoria de España supuso, entre otros aspectos, la imposibilidad de realizar encomiendas de gestión a las empresas públicas que no sean íntegramente de capital público. Ello obligó a introducir una modificación en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ese mismo año de 2005 por la que se vino a excluir expresamente de la aplicación de régimen de los contratos públicos a: «*Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública*» –art. 3.1.1⁴⁹.

Pero, poco después, a fines del 2006⁵⁰ hubo que modificar este precepto para añadir los requisitos delimitados por el TJCE para considerar que existe un caso de “*in house*” o utilización de medios instrumentales⁵¹. En lo que aquí

⁴⁸ Sobre esta Ley, véase JM. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, nº 161, 2003, en particular págs. 376 y ss.; M^a CASTRO PASCUAL, «Encomienda de gestión, contrato administrativo, encargo de gestión», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, pp. 155 y ss., quien se planteaba la falta de adecuación del encargo de ejecución regulado en el artículo 20.5 de la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, con el art. 15 de la LRJPAC.

⁴⁹ Art. 34 Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública se modificó puntualmente el TRL-CAP para adecuarlo al Derecho comunitario y a la STJCE condenatoria de España de 13 de enero de 2005. Lo cierto es que el TJCE ha establecido que la presencia de capital privado en una sociedad mixta elimina la posibilidad de que pueda darse la exigencia de un control análogo. Vid. M. REBOLLO PUIG, *op. cit.*, p. 385. C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA Medios propios de la administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, y del mismo autor «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pág. 279.

⁵⁰ D. Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

importa modificó el apartado l del art. 3.1 que quedó redactado como sigue: “Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”⁵². Y estas exigencias se plasmaron en la LCSP y en la propia LAJA, en su artículo 106, referido a la encomienda de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz⁵³.

Es decir, se permite la encomienda de gestión a entidades privadas (STJ-CE 19-4-2007, caso Tragsa) pero se imponen límites importantes (que las entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan). Y, sobre todo, permanece el límite aún plenamente vigente del art. 15.6 LRJPAC como norma básica: «sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo».

⁵¹ Que la Administración o entidad pública que actúe como entidad adjudicadora ejerza sobre la Entidad pública o privada que actúe como contratista o proveedor un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios y que, al mismo tiempo, esta entidad realice la parte esencial de su actividad con aquella Administración o Entidad pública que la controla plenamente.

⁵² Finalmente, la noción de medio propio y servicio técnico se aborda con carácter general en los arts. 4.1.n) y 24 de la LCSP como un supuesto de negocio excluido de su aplicación. Véase J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *RAP* núm. 173, 2007; J. J. PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008, y del mismo autor «Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones in house», *Actualidad Administrativa*, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, págs. 1427 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.

⁵³ En la actualidad, Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010 establece en el art. 29 “1. Las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector y que realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía, la realización, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyen su objeto social o fundacional, de los trabajos y actuaciones que precisen, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios”.

Y aquí es donde han empezado los reveses judiciales. Entre ellos destaca la STS 24 de noviembre de 2009, recaída en un recurso contra el Decreto 117/1998, de 9 de junio, del Consejo de Gobierno de Andalucía, por el que se modifica el Decreto 17/1989, de 7 de febrero, que autorizó la constitución de la empresa de la Junta de Andalucía “Empresa de Gestión Medioambiental S.A.” (EGMASA). El Supremo no entró de lleno en el asunto por considerar que, al tratarse de una norma atributiva de competencias, ello no significaba necesariamente que la entidad las desarrollase de manera que incidieran en las potestades públicas:

«Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de auto-tutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las “actuaciones necesarias” para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad».

Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de “las actuaciones necesarias”, EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma.

Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conserva-

ción; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros»⁵⁴.

Así, dirá el Supremo: «Serán las concretas encomiendas de gestión, y en general las actuaciones que EGMASA desarrolle como medio propio de la Administración, las que en su caso determinen la atribución a los empleados de la empresa pública de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas o autoridad». Y, en efecto, como se verá más adelante, este está siendo el principal frente de batalla judicial.

4. El régimen de selección del personal

El personal de las entidades jurídico-privadas del sector público se rige por el Derecho Laboral y, hasta fechas recientes, no existían normas que obligaran a seguir unos principios elementales de igualdad y publicidad en la selección de este personal, salvo que se asumieran en las normas internas de cada entidad. Así, la Cámara de Cuentas de Andalucía señaló en relación con la Fundación Andaluza de Servicios Sociales lo siguiente:

«La naturaleza de la fundación pública de la FASS y su cualidad de ente instrumental de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social debería ocasionar que en la contratación de su personal utilizara procedimientos similares a los de la Administración de la Junta de Andalucía. En definitiva, mediante convocatorias públicas con criterios objetivos previamente establecidos y, en su caso, mediante la realización de pruebas selectivas»⁵⁵.

Asimismo, en relación con la Empresa Pública Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A., la Cámara de Cuentas indicó que la empresa

⁵⁴ Véase el comentario a esta sentencia de M.C. NÚÑEZ LOZANO – S. MALDONADO SAAVEDRA, «El riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección 5ª, recurso núm. 4035 de 2005)», *RAAP* núm. 77, 2010, pp. 173 y ss.

⁵⁵ En consecuencia, se recomendó que la FASS aprobara una normativa interna que regule el procedimiento de selección de su personal, que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Y se añadía: «Asimismo, la conversión de un contrato de trabajo temporal en una relación indefinida no se debería producir por el mero transcurso del tiempo, sino mediante el correspondiente proceso de selección». Fiscalización de regularidad de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, Ejercicio 2004, OE 01/2005.

pública no dispone de normas ni procedimientos, aprobados por el Consejo de Administración, para la selección y contratación del personal⁵⁶.

No obstante, también en este ámbito se han producido cambios normativos, en aras a salvaguardar los derechos y garantías propios del Estado de Derecho en materia de selección de dicho personal. En primer lugar, y siguiendo la estela de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones –art. 47.4–, la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, estableció que la selección del personal de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la correspondiente convocatoria –art. 57.4–⁵⁷. Y después la propia LAJA –arts. 77 y 78.2– extendió estas reglas a las sociedades mercantiles del sector público andaluz⁵⁸. Finalmente, como es conocido, el EBEP –disposición adicional primera– establece que los principios rectores del acceso al empleo público contenidos en el artículo 55 serán de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del EBEP y que estén definidas así en su normativa específica.

⁵⁶ Respecto al personal técnico que se ha ido incorporando a la empresa en los años siguientes a su creación en 1984 hasta 2004 y los trabajadores que han sido traspasados directamente desde un organismo autónomo dependiente de la Junta de Andalucía, la Cámara declaró: En ninguno de los expedientes analizados constaba la documentación correspondiente a la fase de selección de personal, por lo que no ha sido posible comprobar que el acceso al puesto de trabajo en la empresa pública se ha realizado según los principios de igualdad, mérito y capacidad. Fiscalización de regularidad de la Empresa Pública Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A., Ejercicio 2005, OE 08/2006.

⁵⁷ Ya con anterioridad E. CARUZ ARCOS había opinado que la inclusión de las fundaciones privadas en el sector público debía implicar el respeto de los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación en la selección de su personal («La contribución del Derecho comunitario a la definición de la fundación privada de influencia pública dominante como ente instrumental de las Administraciones públicas», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, p. 36).

⁵⁸ Art. 77: «El personal al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad». Art. 78.2: «El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral y su selección deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria». Además, a partir de la enmienda núm. 89 formulada por el Grupo Socialista durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 se añadió a los artículos 77 y 78.2 convocatoria pública «en medios oficiales», criterio reiterado en la disposición adicional séptima.

Sin embargo, la ausencia de procedimientos reglados establecidos ha determinado que el grado de efectividad de dichos principios sea aún deficiente⁵⁹. Así, ya vigente Ley 10/2005 de Fundaciones, la Cámara de Cuentas señaló en relación con la Fundación Red Andalucía Emprende, que la naturaleza de la fundación pública de la FRAE debería ocasionar que en la contratación de su personal se utilizaran convocatorias públicas, no sólo publicadas en su página web y con criterios objetivos previamente establecidos⁶⁰. Asimismo, en una fiscalización de regularidad de la Fundación para el desarrollo del Legado Andaluzí relativa al ejercicio 2007, la Cámara de Cuentas concluyó lo siguiente: «Las incorporaciones a la plantilla durante 2007 se realizaron sin respetarse los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad»⁶¹. Y en otra fiscalización de regularidad de la Empresa pública de deporte andaluz relativa al ejercicio 2008, por tanto ya en vigor la LAJA, se concluía: «No se ha garantizado el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, en la contratación de personal llevada a cabo por EPDASA»⁶².

⁵⁹ Así, el Defensor del Pueblo Andaluz declaró en su informe «Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía», Noviembre de 2007, p.42, que «para poder ofrecer la máxima garantía de respeto de los principios constitucionales afectos en los procesos de contratación de personal, éstos deberían quedar sometidos, en todo momento, a un procedimiento específicamente regulado y accesible públicamente (...). Asimismo, para dotar de mayor seguridad jurídica dichos procesos de contratación de personal, entendemos que se deberían concretar, a la mayor brevedad posible, los mecanismos y criterios que deben seguirse para dar cumplimiento a los anteriormente referidos principios de publicidad de la convocatoria, igualdad, mérito y capacidad».

⁶⁰ No obstante, con posterioridad se pactó su primer convenio colectivo, con vigencia para los años 2008 y 2009, en el que se incluyen los procedimientos para la selección de sus trabajadores. Fiscalización de regularidad de la Fundación Red Andalucía Emprende, Ejercicio 2006, OE 05/2007.

⁶¹ «En los expedientes examinados no consta documentación que permita concluir que las cuatro incorporaciones a la plantilla habidas durante 2007 se realizaron respetándose los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad». Fiscalización de regularidad de la Fundación para el desarrollo del Legado Andaluzí, ejercicio 2008, (OE 10/2007).

⁶² «En tres casos, se publica la oferta exclusivamente a través de la página web de la empresa. En 25 casos, no se publicita la oferta de empleo, utilizándose la información de procesos selectivos anteriores, pese a que EPDASA no tiene regulado el funcionamiento de una bolsa de trabajo. En 12 casos se contrata directamente al trabajador, sin que medie proceso selectivo alguno, para cubrir sustituciones en periodos vacacionales». Fiscalización de regularidad de la Empresa pública de Deporte Andaluz, ejercicio 2008, (OE 08/2009).

A estas prácticas debe añadirse una cuestionable jurisprudencia que considera que no corresponde a la jurisdicción contenciosa conocer de los conflictos relativos a los procesos de selección de estas entidades, sino a la jurisdicción de lo social, cuando lo cierto es que aquí no hay aún relación laboral, sino ciudadanos que pretenden acceder a puesto de trabajo en el sector público en condiciones de igualdad⁶³.

5. Estabilidad presupuestaria y responsabilidad patrimonial

De máxima importancia se ha revelado también la Ley de Estabilidad Presupuestaria, la cual incluye en su ámbito de aplicación subjetivo a la Administración de las comunidades autónomas, «así como los entes y organismos públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales» –art. 2.1.c) del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre⁶⁴. Como puede verse, la Ley de Estabilidad Presupuestaria no emplea un criterio formal, basado el carácter público o privado de la personalidad jurídica de cada entidad, sino un

⁶³ Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006, planteada en relación con una convocatoria y provisión de puestos de trabajo realizada por la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y sus sociedades filiales. “La aplicación al presente caso de las normas de excepción mencionadas no parece dudosa: 1) la entidad demandada –Empresa pública RTV de Andalucía– es una empresa pública de Comunidad Autónoma; 2) el acuerdo de convocatoria impugnado, sin perjuicio de que se someta a unas u otras normas sustantivas o de procedimiento, es un acto de la referida empresa pública en cuanto entidad empleadora y no en cuanto poder público en ejercicio de potestades administrativas; y 3) la legislación autonómica andaluza no pone en duda este régimen jurídico privado de la Empresa pública demandada, sino que lo reafirma de manera expresa (art. 12 de la Ley 8/1987 del Parlamento de Andalucía)”. Por el contrario, el Auto de la Audiencia Nacional que estimaba la competencia de la jurisdicción contenciosa en un proceso de selección de personal entendía: a) que la petición deducida en la demanda –reconocimiento a los asociados de la Asociación del derecho de acceso en condiciones de igualdad a puestos de trabajo fijo de una empresa pública– se ha ejercitado en el caso “al margen de la existencia de la relación laboral”; b) que tal derecho es “ubicable en la relación ciudadano-administración, separable de la propia relación laboral”; y c) que la asociación demandante ha actuado, por tanto, no como entidad empleadora sino como “como representante de los ciudadanos supuestamente preteridos por la Administración”.

⁶⁴ El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y no comprendidos en el número anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en el Título I de esta Ley y a las normas que específicamente se refieran a las mismas –art. 2.2–.

criterio económico, como es la naturaleza de los ingresos que conforman la financiación mayoritaria de la entidad, todo ello de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC-95)⁶⁵. De este modo, en el llamado «sector de las Administraciones Públicas» se incluyen no sólo entes de Derecho Público sino también entidades jurídico-privadas pero que no se financian mayoritariamente con ingresos comerciales⁶⁶. Así, en el «Inventario de Entes dependientes de las Comunidades Autónomas» del Ministerio de Economía y Hacienda se vienen incluyendo en el sector de las Administraciones Públicas determinadas entidades jurídico-privadas instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía⁶⁷.

A todo ello cabe aún añadir una avanzada doctrina del Consejo Consultivo Andaluz según la cual la actuación del ente que presta el servicio a criterios

⁶⁵ Aunque la Ley General de Estabilidad Presupuestaria no remite expresamente a la contabilidad nacional (SEC-95) para la definición del sector público, si bien, de la redacción del artículo segundo de la Ley se deduce que la cobertura institucional de la parte del sector público incluida en el apartado primero coincide con la fijada por el SEC-95 para el sector Administraciones Públicas, ya que como hemos señalado está integrado por las Administraciones generales, Organismos autónomos y Entes en general que no se financian mayoritariamente con ingresos comerciales, concepto análogo al de productor no de mercado. En efecto, en el SEC-95 la distinción entre productores de mercado y no de mercado depende de si los precios son económicamente significativos o no. El concepto de precios económicamente significativos se aplica basándose en el criterio del 50 %, es decir en que las ventas cubran o no el 50 % de los costes de producción. En el primer caso el precio se considera económicamente significativo y en el segundo no significativo. Este criterio del 50 % se debe aplicar considerando una serie de años, de manera que se aplicará únicamente si se mantiene durante varios años o se cumple en el año en curso y se espera que lo siga haciendo en un futuro próximo.

⁶⁶ La consecuencia principal de la clasificación en un grupo u otro, a efectos de la ley, es la distinta definición del principio de estabilidad presupuestaria, pues en el caso de los entes del sector de las Administraciones Públicas el principio de estabilidad exige una situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición del SEC-95, en cambio en el caso de los entes del art. 2.2 se exige una posición de equilibrio financiero –art. 3.3 Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria–.

⁶⁷ En el informe de Situación a 1 de enero de 2008 se incluyeron, entre otras, las sociedades mercantiles siguientes: Centro de Turismo interior de Andalucía, S.A., Deporte Andaluz, S.A. Desar. Agrar. y Pesqu. Andalucía Emergencias Sanitarias, Gest. Programas Culturales, Esc. Andaluza de Salud Pública, Infraestructuras Turísticas Andalucía, S.A. (INTASA) Turismo Andaluz, S.A., entre otras. Así como múltiples fundaciones del sector público andaluz: F. Andaluza para la AT. a las Drogodependencias e Incorporación Social; F. Andaluza para la integración social del enfermo mental (FAISEM), Fundación Andaluza de Servicios Sociales, Fundación Centro de Estudios Andaluces y Fundación Red Andalucía Emprende.

empresariales y a esquemas iusprivatistas en aspectos organizativos y de gestión no releva de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 106.2 de la Constitución, es decir el régimen de responsabilidad de Derecho Público⁶⁸.

6. Recapitulación: el proceso general de «agencialización»

De todo lo anterior se extrae que las entidades jurídico-privadas del sector público andaluz (todas las fundaciones y buena parte de las sociedades mercantiles) no disponen ya de libertad para contratar, sino que están sujetas a las reglas de publicidad y concurrencia impuestas por el Derecho Comunitario. Asimismo, estas entidades jurídico-privadas no pueden asumir por sus estatutos (ni siquiera por ley) potestades administrativas ni pueden ser receptoras de las mismas por vía de encomiendas de gestión o encargos de ejecución procedentes de la Administración matriz.

De otro lado, para que estas entidades puedan ser consideradas como medio propio de la Administración, y con ello eludir las encomiendas de gestión la aplicación del régimen de contratación pública, es necesario que cumplan unas exigencias rigurosas: al menos en el caso de sociedades mercantiles, el capital debe ser íntegramente público, lo que descarta la participación de capital privado, aunque sea minoritaria, reduciendo las posibilidades de elección por parte del ente matriz. Asimismo, la entidad encomendada debe realizar la «parte esencial» de la actividad para la Administración o Administraciones que la controlan, lo cual limita también el ámbito de giro o negocio de este tipo de entidades. A lo que se une la exclusión del encargo a entidades instrumentales de otras Administraciones, pues no son medio propio de la que hace el encargo. Además, debe recordarse que las entidades encomendadas están sometidas al Derecho de contratos públicos con relación a los contratos que tengan que realizar con terceros para llevar a cabo las encomiendas de ejecución.

En palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en sentencia de 25 de febrero de 2011, recaída en relación con el Decreto 324/09, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía:

«Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silen-

⁶⁸ Vid. M. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, nº 161, 2003, pp. 372-373.

ciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que por los motivos ya indicados no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa».

«La doctrina científica e instituciones, como el Defensor del Pueblo, insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos, a través de de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma en la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa, que precisamente tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración. *No puede olvidarse que tales entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo) y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración: artículos 9.3, 53.1, 103.1 6 105 e) de la Constitución, entre otros*».

Por todas estas razones, estas entidades están sujetas en buena parte a las facultades «en menos» propias del Derecho Público (régimen de contratación pública y responsabilidad) sin poder en cambio ejercer potestades públicas (facultades «en más»). De este modo, este tipo de entidades jurídico-privadas ha perdido buena parte de interés para los gestores públicos y, desde luego, no pueden asumir en su globalidad la actividad propia de la Administración de una Comunidad Autónoma. La única diferencia clara estribaría en el régimen del personal: exclusivamente laboral en las entidades jurídico-públicas. ¿Y en la Administraciones públicas?

Aquí es donde entraría el modelo propuesta en el citado documento de “Estrategias y propuestas para la segunda modernización de Andalucía” de ir a un «proceso general de agencialización pública». La fórmula consiste en reabsorber las entidades jurídico-privadas que se han ido creando e integrar sus medios, personales y materiales, en unas entidades jurídico-públicas, como son las Agencias (pero en una modalidad creada «ad hoc»), a las que también se traspasará previsiblemente buena parte de los efectivos de las propias Consejerías.

Al tratarse de entidades jurídico-públicas, las Agencias pueden ejercitar potestades administrativas, pues según la 9/2007, de 22 de octubre, de la Ad-

ministración de la Junta de Andalucía –art. 55–: «Dentro de la esfera de sus competencias, corresponden a las agencias las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos en sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria». Asimismo, al tratarse de entidades jurídico-públicas, no existe problema tanto para recibir delegaciones de competencias –art. 101.2 LAJA– como encomiendas de gestión de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 105.3–. Pero, como se desea huir del régimen funcional, se trata de conceder preferencia a entidades que actúan en régimen de Derecho Privado⁶⁹. Es decir, se trata de tejer un traje *ad hoc*, que aúne las ventajas de ser Entidad jurídico-pública (de ser poder público), pero sin sus inconvenientes (sujeción a las garantías propias del Derecho Público)⁷⁰.

IV. EL NUEVO SISTEMA DE AGENCIAS

1. El sistema de Agencias en la LAJA 2007

A. Clases y fines de las agencias en la LAJA

Antes de analizar las modificaciones que en el régimen de las agencias ha supuesto la Ley 1/2011, de 17 de febrero, parece conveniente repasar el régimen ordenado inicialmente en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Admi-

⁶⁹ Cabe preguntarse ¿por qué la constante preferencia por el régimen laboral?, cuando lo cierto es que el régimen funcional permite mejor a la Administración definir las condiciones de trabajo de los funcionarios y presenta importantes ventajas en materia de negociación colectiva (materias excluidas de la negociación, posibilidad de definir en última instancia la condiciones de trabajo o de incumplir los compromisos cuando así lo exijan los intereses generales). Y estas diferencias de régimen se han puesto de manifiesto con motivo de la aplicación del Decreto-Ley 8/2010 que establece que la reducción salarial a los empleados públicos. Debido al distinto alcance de la negociación colectiva de funcionarios y laborales la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Auto de 28 Oct. 2010, proc. 128/2010, acordó por unanimidad elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre si el Decreto-Ley vulnera o no al contenido esencial del derecho de libertad sindical, regulado en los artículos 7 y 28, 1 CE, en relación con el derecho de negociación colectiva, regulado en el artículo 37, 1 CE. Además de las evidentes diferencias del régimen de selección, pensamos que una de las claves del criterio de preferencia por el régimen laboral estriba en la reciente jurisprudencia cada vez más crítica con la práctica de la Administración de asignar puestos de libre elección.

⁷⁰ Como señalara J. M. SALA ARQUER (“Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA* n° 75 (1992), pág. 403), la fórmula de las Entidades de Derecho Público sometidas al Derecho privado permitiría disfrutar de las ventajas de ambos ordenamientos, sin tener que soportar sus “inconvenientes”.

nistración de la Junta de Andalucía. Como es sabido, la LAJA –art. 50.1– introdujo, a modo de macro concepto, la noción de «entidades instrumentales» de la Administración de la Junta de Andalucía, entendiendo por tales las entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus entes públicos, *con independencia de su naturaleza y régimen jurídico*, que tengan por objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a la ciudadanía, en los términos previstos en esta Ley, noción comprensiva tanto de las Agencias, esto es entidades con personalidad jurídico pública, como de las entidades instrumentales privadas –art. 52–⁷¹. Otra cosa es la verdadera relevancia de esta noción, así como las disfunciones que genera⁷².

En todo caso, la LAJA diferencia nítidamente las dos categorías de entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 52.1-: las Agencias, dotadas de personalidad jurídica pública y de la consideración de *Administración institucional* dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 52.2–, y las entidades instrumentales privadas del sector público anda-

⁷¹ Esta noción de entidades instrumentales vendría a coincidir con la noción de entidad instrumental defendida por J. ORTIZ MALLOL, «La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, pp. 193 y ss., definida por este autor a partir de las notas de personalidad jurídica propia y su dependencia, como noción funcional. Asimismo, esta noción de entes instrumentales tendría un cierto apoyo en el artículo 158 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, según el cual la Comunidad Autónoma podrá constituir «empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia».

⁷² Como ha señalado J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía», trabajo inédito, el concepto resulta insatisfactorio e insuficiente para comprender a las *Entidades de derecho público vinculadas* –no dependientes– a la *Administración de la Junta de Andalucía*, que se contemplan en la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2007 y que ostentan la condición también de Administración Institucional, aunque no formen parte de la denominada Administración instrumental». Asimismo, el citado autor indica: «El planteamiento hecho por la Ley 9/2007, de vertebrar el desarrollo del *principio de descentralización funcional o institucional* (artículo 3. c) en base al concepto de entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, hace perder el especial protagonismo que deben tener las entidades de derecho público que integran la Administración Pública Institucional de la Junta de Andalucía, en beneficio del *principio de instrumentalidad* (artículo 51) que puede resultar equívoco para los ciudadanos, al hacer más difuso el diverso régimen jurídico de entidades tan heterogéneas como las que la Ley 9/2007 integra en el ámbito de la entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía».

luz –art. 52.3–. De este modo, debe reconocerse el acierto de la LAJA al suprimir la equívoca categoría de *empresas de la Junta de Andalucía* del artículo 6 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que englobaba tanto a sociedades mercantiles como a entidades de derecho público⁷³. A partir de la LAJA, el término agencia, que hasta entonces era un mero *nomen iuris*, que igual se empleaba para designar a un organismo autónomo⁷⁴, que una entidad de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de Hacienda Pública⁷⁵ e, incluso, un mero órgano administrativo⁷⁶, se reserva para designar las entidades de derecho público instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía. Y, al mismo tiempo, se traza una mejor separación de las entidades instrumentales jurídico-privadas, pues –como se ha señalado antes– únicamente las Agencias, como Administraciones que son, pueden ejercer potestades administrativas –arts. 55 y 75.2–.

No obstante, debe señalarse que las Agencias no cubren todas las formas de Administración institucional, pues al margen de las Agencias la propia LAJA contempla a las Entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía, vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional segunda), así como a los Consorcios autonómicos –art. 12–⁷⁷.

⁷³ Como ha señalado E. MONTOYA MARTÍN («Economía y sector público: la organización instrumental en la propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía para Andalucía», *RA-AP* núm. 65, 2007, p. 77), la noción de empresa pública alberga dos fenómenos de naturaleza diversa: de una parte, la empresa pública como manifestación de la iniciativa pública en la economía –art. 128.2 CE–, lo que constituye en sentido estricto el sector empresarial público sometido a un régimen igualdad y libre competencia con la empresa pública, y, de otro lado, la empresa pública como manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración para el desempeño de sus competencias, funciones o prestaciones, y cuyo estatuto constitucional es el mismo que el de la Administración.

⁷⁴ Como era el caso de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, creada por la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, de Universidades.

⁷⁵ Como sucedía con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, creada por Ley 3/1987, de 13 de abril; o con la Agencia Andaluza de la Energía, creada por Ley 4/2003, de 23 de septiembre.

⁷⁶ Como fue el caso de la Agencia Andaluza del Voluntariado, creada por Decreto 320/2000, de 13 de junio, como órgano adscrito a la Consejería de Gobernación, similar a una simple dirección general.

⁷⁷ Al mismo tiempo, dado que tanto las Agencias –art. 52.2 LAJA– tienen la consideración de Administración, si quiera “institucional”, tal vez, habría sido conveniente seguir el criterio de otras leyes autonómicas (y, a su vez, de la LOFAGE) y acuñar la noción de Administración *General* de la Junta de Andalucía. No se comprende bien porqué la LAJA no dio este paso, que curiosamente sí dio con posterioridad la Ley 1/2001 –disposición adicional cuarta–.

Asimismo, la LAJA –art. 54.2– diferenció, en su versión original, tres tipos de agencias:

- a) Agencias administrativas.
- b) Agencias públicas empresariales.
- c) Agencias de régimen especial.

En una comparativa con el régimen anterior, la correspondencia de entidades sería la siguiente⁷⁸:

Ley General de la Hacienda Pública 1983-1997	LAJA 2007
Organismos Autónomos	Agencias administrativas
Entidades de Derecho Público del artículo 6.1.b)	Agencias públicas empresariales
-	Agencias de régimen especial ⁷⁹

⁷⁸ La disposición transitoria única de la LAJA dispuso la siguiente adaptación: a) Adecuación de los actuales organismos autónomos, cualquiera que sea su carácter, al régimen de las agencias administrativas previsto en esta Ley. b) Adecuación de las entidades de Derecho Público previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al régimen de las agencias públicas empresariales previsto en esta Ley. Por su parte, la disposición transitoria única del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, según la cual los organismos autónomos y entidades de derecho público que a la entrada en vigor del presente Decreto Legislativo y del texto refundido que se aprueba, no se hayan adecuado a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, conforme a su disposición transitoria única, se registrarán por lo establecido por la presente Ley para las agencias administrativas y agencias públicas empresariales, respectivamente.

⁷⁹ La disposición transitoria única de la LAJA dispuso que el régimen establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía para las entidades contempladas en el artículo 6.1.b) de la misma será de aplicación a las agencias de régimen especial, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 4.ª del Capítulo II del Título III de la propia LAJA.

Los fines propios de cada tipo de agencia en la LAJA eran los siguientes:

- *Agencias administrativas*: son entidades públicas a las que se atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas –art. 65–. La delimitación del objeto coincide en su literalidad las funciones que a los Organismos Autónomos estatales atribuye el artículo 45.1 de la LOFAGE.
- *Agencias públicas empresariales*: son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación –art. 68.1–. Esta delimitación coincide con la establecida para la LOFAGE para las Entidades Públicas Empresariales (artículos 53 y siguientes). De este modo, no se mencionan las actividades de promoción, pero se añaden como propias las actividades de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación y generación de ingresos. Con todo existe un ámbito objetivo de actividades que resulta común a las Agencias Administrativas y a las Agencias Públicas Empresariales, como son las actividades prestacionales y de gestión de servicios de interés público⁸⁰.

⁸⁰ Con referencia a la dualidad organismos autónomos y entidades públicas empresariales de la LOFAGE, la doctrina no es unánime sobre el ámbito funcional de ambos tipos de entidades. F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, “Organización instrumental pública en la LOFAGE”, en *Estudios sobre la LOFAGE*, CGPJ, 1999, p. 170 (incluido también en *DA* n° 246-247, 1997), considera que en el caso de los OO AA, la Ley se refiere a servicios públicos, mientras que a las EPEs se les encomendaría la prestación y gestión de “servicio”, sin cualificación, es decir, en un grado más de despublificación de las actividades estatales. A nuestro modo de ver, aun cuando debe compartirse que la LOFAGE se refiere en relación con los OO AA a servicios públicos en el sentido tradicional de esta expresión, no está claro, en cambio, que la expresión de servicios referida a las EPEs excluya a los servicios públicos si cabe contraprestación. Así, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, “Las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *DA*, n° 246-247, 1997, p. 451, entiende que las EPEs pueden gestionar cualquier tipo de servicios, incluidos los servicios públicos. En este sentido, M. BACIGALUPO, “La Administración Institucional del Estado tras la LOFAGE: cuestiones para el debate”, *Actualidad Administrativa*, 1998, n° 34, p.715, señala que los ámbitos de los OO AA y de las EPEs no están configurados como círculos tangentes, sino como círculos secantes, estos es, parcialmente superpuestos, al menos en lo referente a ese ámbito difuso de las actividades “prestacionales”. Por su parte, A. PALOMAR OLMEDA –“La organización instru-

- *Agencias de régimen especial*: son «entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en los artículos 65.1 y 68.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y requieran especialidades en su régimen jurídico» - art. 71.1-. De este modo, las agencias de régimen especial tanto podía desarrollar los fines de las agencias administrativas como los de las agencias públicas empresariales. Y la referencia de la Ley a la asignación de funciones que implicaran ejercicio de autoridad no era tampoco clarificadora, pues tanto las agencias administrativas como las agencias públicas empresariales podían, según la LAJA, ejercer potestades administrativas –arts. 2.3, 55, 57.1.b) y 69.1-. Por todo ello, el panorama era confuso. Por lo demás, el régimen jurídico de estas Agencias de régimen especial concuerda esencialmente con el de las Agencias Estatales de la Ley 28/2006, de 18 de julio Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos⁸¹.

En resumen, a la vista de la versión original de la LAJA de 2007, la elección entre clases de agencias según sus fines permitía las siguientes variantes:

- Actividades de ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, actividades de promoción, y otras actividades administrativas: Agencias administrativas y agencias de régimen especial.
- Actividades prestacionales y de gestión de servicios: Agencias administrativas, Agencias Públicas Empresariales y Agencias de régimen especial.

mental pública en el ámbito de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, *DA* n° 246-247, 1997, pp. 419 y 422-, señala que las actividades prestacionales o de gestión son comunes a ambas formas organizativas siendo criterio de delimitación que las actividades sean susceptibles de contraprestación, lo cual es de una validez dudosa en muchos casos. En esta línea, M.N. DE LA SERNA –“Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, *DA* n° 246-247, 1997, p. 503, hace notar la difícil distinción entre gestión de servicios de interés público y servicios públicos.

⁸¹ Ahora bien, aun cuando la Ley 28/2006, de 18 de julio, modificó el artículo 43.1 de la LOFAGE para incluir a las agencias estatales, éstas agencias no se configuraron no como un tercer género de entidades públicas, a elegir junto a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, pues de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley, con carácter general, a partir de la entrada en vigor de Ley 28/2006, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales.

- Actividades de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación: Agencias Públicas Empresariales y Agencias de régimen especial.

LOFAGE y Ley 28/2006, de 18 de julio	LAJA 2007
Organismos Autónomos	Agencias administrativas
Entidades Públicas Empresariales	Agencias públicas empresariales
Agencias estatales	Agencias de régimen especial

En definitiva, la LAJA 2007 tomó modelos tanto de la LOFAGE (Agencias administrativas y Agencias públicas empresariales) como de la Ley 28/2006 de Agencias Estatales (Agencias de régimen especial), con un clara apuesta por éstas últimas. Así, la agencia sin duda más importante creada tras la aprobación de la LAJA, la Agencia Tributaria de Andalucía, adoptó la forma de agencia de régimen especial (Ley 23/2007).

B. Régimen jurídico de la agencias en la LAJA.

Siguiendo el modelo de la LOFAGE para los organismos autónomos –art. 45.1–, la LAJA dispuso que las agencias administrativas son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo –art. 65.1–. Y, en particular en materia de personal, las agencias administrativas se rigen «por el mismo régimen jurídico de personal» que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía –art. 65.2–. Y reiterando la regla anterior, la LAJA dispuso que el personal al servicio de las agencias administrativas «será funcionario, laboral o, en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración de la Junta de Andalucía»⁸². A este respecto, debe recordarse que la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, establece que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos

⁸² Precepto evidentemente inspirado en el art. 47.1 LOFAGE.

Autónomos serán desempeñados por funcionarios públicos, de modo que los puestos de trabajo para el personal laboral lo son por excepción a dicha regla general⁸³.

Por su parte, para las agencias públicas empresariales la LAJA –art. 69.1– dispuso que se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. Es también aquí evidente la influencia de la LOFAGE respecto a las entidades públicas empresariales –art. 53.2–. Y en relación con el régimen del personal, la LAJA estableció que el personal de las agencias públicas empresariales «se rige en todo caso por el Derecho Laboral» –art. 70.1–. Este carácter terminante («en todo caso») se distancia, en cambio, respecto a lo establecido en la LOFAGE en relación con las entidades públicas empresariales, en un precepto mucho más matizado –art. 55.1–⁸⁴, y plantea un evidente problema de falta de conformidad con el EBEP, en el sentido de que se prevé la posibilidad de que las agencias públicas empresariales ejerzan potestades administrativas –art. 69.2 LAJA–, cuando únicamente disponen de personal laboral.

Finalmente, las agencias de régimen especial, según la LAJA –art. 71.2– se rigen por el Derecho Privado, «excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación». Es decir, se establece un criterio similar al previsto para las agencias pú-

⁸³ Apartado redactado por Ley 3/1991, de 28 de diciembre, y que sustituyó al siguiente: «se adscribirán en todo caso a funcionarios los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa» –art. 12.2–. Como es evidente, la Ley 3/1991 no hizo más que seguir el criterio de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984 –art. 15–.

⁸⁴ Artículo 55.1 LOFAGE: «El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se regirán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación».

blicas empresariales. En cuanto al régimen del personal de las agencias de régimen especial, la LAJA –art. 74.1– dispuso que «se rige por el Derecho Laboral. No obstante, las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario». Es decir, sería personal laboral exclusivamente el imprescindible para el ejercicio de autoridad. De este modo, se salvaba formalmente la reserva funcional funcionarial⁸⁵.

2. El sistema de Agencias en tras la Ley 1/2011

A. Fines de las Agencias a partir de la Ley 1/2011

La Ley 1/2011 no modifica la noción de agencias administrativas, que permanece tal como la configuró la LAJA –art. 65–. En cambio, la Ley 1/2011 modifica la noción de agencias públicas empresariales: «Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas» –art. 68.1–. Como puede verse, a diferencia del régimen anterior, ya no es necesario que los servicios o bienes sean susceptibles de contraprestación y, sobre todo, se abren los fines de las agencias públicas empresariales a la ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, hasta entonces fines propios de las agencias administrativas y de régimen especial⁸⁶.

⁸⁵ Lo cierto es que la Agencia de régimen especial más importante, la Agencia Tributaria de Andalucía, tiene atribuida por Ley 23/2007 las funciones de “gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos propios. Por ello la Ley de creación de la Agencia Tributaria de Andalucía (artículo 16.1), con un criterio más realista afirma que la “*Agencia dispondrá del personal funcionario y laboral necesario para su funcionamiento*”. En este sentido hay que decir que las Disposiciones Adicionales 1ª, 2ª y 3ª de la Ley 23/2007, de creación de la Agencia Tributaria de Andalucía, disponen la creación de tres especialidades en distintos Cuerpos funcionariales de la Junta de Andalucía, en concreto las de “*Inspección y Administración Tributaria*”, “*Gestión y Valoración Tributaria*” y “*Asistencia Tributaria*”; dichas especialidades traen causa precisamente de las funciones encomendadas a la nueva Agencia Tributaria de Andalucía.

⁸⁶ En la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 el Grupo Popular formuló una enmienda según la cual la creación de las agencias de régimen especial debía ser excepcional, con la finalidad de primar con carácter general la creación de agencias administrativas (enmienda núm. 121).

Asimismo, la Ley 1/2011 diferencia dentro de este concepto más amplio de agencia pública empresarial dos modalidades –art. 68.1–:

- *Agencias públicas empresariales del 68.1.a)*: tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación. Puede afirmarse que se corresponde con la noción de agencia pública empresarial de la LAJA, pues aun cuando no se habla ya de actividades prestacionales, en el fondo no tiene más importancia, pues el objeto de los servicios es una prestación.
- *Agencias públicas empresariales del 68.1. b)*: tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado⁸⁷.

Como puede verse, esta segunda es la modalidad que justifica la ampliación del concepto de agencia pública empresarial. Sus fines incluyen los propios de las Agencias administrativas y de las anteriores Agencias públicas empresariales, sin que sea necesario que los servicios o bienes que oferten sean susceptibles de contraprestación. Además, estas agencias no han de actuar en régimen de libre mercado. De este modo, el único punto en común entre las dos modalidades de agencias sería la aplicación de «técnicas de gestión empresarial».

De otro lado, la Ley 1/2011 modificó los fines de las Agencias de régimen especial: «son entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en el artículo 65.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico» –art. 71.1–. La única variación es la supresión de la remisión al artículo 68 de las Agencias públicas empresariales, por lo que los fines de las Agencias de régimen especial coinciden exactamente con los de las Agencias administrativas.

⁸⁷ En la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 el Grupo Popular formuló una enmienda dirigida a la supresión de esta nueva categoría de agencia pública empresarial (enmienda núm. 128).

Recapitulando lo anterior, tras la Ley 1/2011 puede señalarse el esquema de fines siguiente:

- Actividades de ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas: pueden ser desempeñadas tanto por Agencias administrativas, Agencias públicas empresariales del 68.1. b), como Agencias de régimen especial.
- Actividades de producción, de bienes y servicios de interés público mediante contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado: Agencias públicas empresariales del 68.1.b).
- Actividades de producción, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo, mediante contraprestación, en régimen de libre mercado: Agencias públicas empresariales del 68.1.a).

En mi opinión, si ya era artificial la distinción de tres categorías de agencias establecida por la LAJA, la adición de un cuarto género eleva aún más este artificio. Pero, como es evidente, la categoría «estrella» tras la Ley 1/2011 es la de APE del 68.b), cuyos fines se solapan con los de las agencias administrativas y de régimen especial. En todo caso, en la asignación a las APE del 68.b) de la «ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías» es donde está claramente el designio de esta “reordenación”: llevar la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía a las Agencias, pero no a cualquier Agencia, sino a las agencias públicas empresariales del 68.1.b). De hecho, casi todas las agencias creadas por la Ley 1/2011 y, desde luego, todas las APE lo son del 68.1.b)⁸⁸. Asimismo, en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 se prevé expresamente la posible supresión de centros directivos de Consejerías como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz.

A este respecto, se ha señalado que la reforma operada por la Ley 1/2011 sería inconstitucional por contradecir lo dispuesto en el artículo 133.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante EAA), según el cual «La Ad-

⁸⁸ Agencia Andaluza del Conocimiento: APE 68.1.b). Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía: APE 68.1.b). Servicio Andaluz de Empleo: agencia de régimen especial artículo 54.2.c). Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol: APE 68.1.b). Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía: agencia de régimen especial artículo 54.2.c). Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía: APE 68.1.b). Agencia Andaluza de Instituciones Culturales: APE 68.1.b). Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía: APE 68.1.b). Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo: APE 68.1.b). Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico: APE 68.1.b).

ministración de la Junta de Andalucía desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos». A partir de este precepto se infiere la intención del Estatuto de obligar a la Comunidad Autónoma a que la *gestión ordinaria* de las actividades de la Administración de la Junta de Andalucía se desarrolle a través de los órganos de su Administración General, en lugar de a través de entidades instrumentales, que tendrían, por tanto, un carácter «extraordinario». Frente a ello, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del Sector Público Andaluz, vendría a producir una inversión del planteamiento del EAA, pues su objeto es realizar los cambios normativos oportunos para poder desarrollar la gestión ordinaria de las actividades administrativas desde la llamada Administración paralela. Se afirma que la apuesta de la Ley 1/2011 por una gestión al margen de los servicios centrales y periféricos es completa y general, y por consiguiente se reputa contraria al art. 133.2 EAA en su totalidad⁸⁹.

Sin embargo, no podemos compartir este criterio. El origen y finalidad del artículo 133.2 EAA es bien conocido, y no es otro que servir de contraste con el art. 4.4 del EAA de 1981, que ordenaba la *gestión ordinaria* de los servicios periféricos propios de la Comunidad Autónoma a través de las Diputaciones Provinciales. Es decir, la finalidad de artículo 133.2 EAA no es otra que la de dar carta de naturaleza legal a la realidad de la Administración periférica propia de la Administración de la Junta de Andalucía⁹⁰. Asimismo, debe recordarse que el EAA atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en relación con la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos –art. 47.1.1^o–⁹¹. En definitiva, no creemos que pueda reputarse contrario al Estatuto de Autonomía de Andalucía un proceso de «agencialización» de la Administración de la Junta de Andalucía. Otra cosa es la categoría de agencia elegida. En concreto, la constitucionalidad del modelo de agencia pública empresarial del artículo 68.1.b).

⁸⁹ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular contra la Ley 1/2011.

⁹⁰ Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La organización de la Administración de la Junta de Andalucía», en *Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2011, pp. 194 y ss.

⁹¹ Además, del apartado 5^o del mismo artículo 47, según el cual la Comunidad Autónoma ostenta facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, precepto que parece no tener otra objeto que salir al paso de la doctrina de la STC 14/1986, sobre la Sociedad Pública Vasca Especial.

En efecto, no es legítimo atribuir las competencias ordinarias de las Consejerías, de la Administración General de la Junta de Andalucía, a Agencias «Empresariales». A diferencia de la agencias públicas empresariales de la LAJA y del actual artículo 68.1.a), que con cautelas podían encajar en un sector público empresarial (en función de fuente de financiación principal), estas otras agencias públicas empresariales del artículo 68.1.b) son cumplen funciones propias de Administraciones Públicas, como reconoce abiertamente la propia Ley 1/2001 cuando en el art. 62 declara que su régimen de contratación será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público, mientras que las APE del 68.1.a) se regirán por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que, sin tener el carácter de Administraciones Públicas, tienen la consideración de poderes adjudicadores⁹². ¿Es legítimo modelar los instituciones hasta hacerlas irreconocibles? ¿Es admisible que las actividades para las que se creó, por ejemplo, la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, como entidad sin fin de lucro, se atribuyan sin más a una agencia pública «empresarial»?⁹³.

Además, debe destacarse que el legislador andaluz se contradice a sí mismo. En efecto, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, establece en términos categóricos que las entidades locales «no podrán crear agen-

⁹² La consideración de las APE del 68.b) como Administraciones Públicas no supone en modo alguno, como pudiera pensarse, una ampliación de lo establecido en la LCSP, pues no se olvide que las APE del 68.b) no tienen, por su objeto, nada que ver con las entidades públicas empresariales de la LOFAGE. Las APE paralelas a las entidades públicas empresariales de la LOFAGE son las APE del 68.a), y estas entidades siguen considerándose únicamente poder adjudicador. La consideración de las APE del 68.b) como Administraciones Públicas no es más que la fiel aplicación del artículo 3.2.e) LCSP, tal como por otra parte avanzó la propia Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en su Instrucción 3/2008, de 21 de abril, sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, no puede pasarse por alto el interés del legislador en atribuir esta condición de Administración a las APE del 68.b), pues la propia exposición de motivos del Decreto-Ley 5/2010 señala: «En esta segunda tipología de agencias públicas empresariales adquiere una especial significación su posición de jerarquía en las relaciones contractuales, constituyéndose como Administración Pública, con ejercicio de prerrogativas en la ejecución y extinción de los contratos públicos». Y más adelante se señala: «De manera muy particular, el ejercicio de prerrogativas en el campo de la contratación administrativa permite la mejor defensa de los intereses públicos».

⁹³ Según el Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, entre las funciones de esta Agencia «Empresarial» se encuentra la acreditación de Centros y Servicios al objeto de garantizar el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad; o el control, seguimiento y revisión de la calidad en la atención, tanto en los centros como en el domicilio de las personas en situación de dependencia. Es difícil imaginar funciones públicas más importantes para una Administración Pública.

cias públicas empresariales para el ejercicio de actividades administrativas» –art. 35.2–. No parece coherente dentro del mismo ordenamiento andaluz que el legislador, no sólo excepcione a la Administración autonómica de la prohibición que impone a las Administraciones Locales, sino que incluso lleve a convertir la forma de agencia pública empresarial en el molde para gestión ordinaria de las actividades administrativas de la Comunidad Autónoma⁹⁴.

B. Régimen jurídico de las Agencias tras la Ley 1/2011

Según la Ley 1/2011, las dos clases de agencias públicas empresariales se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos:

- Las agencias públicas empresariales del apartado 68.1.a) se rigen por el Derecho Privado
- Las agencias públicas empresariales del apartado 68.1.b) se regirán «por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera».

En cuanto a las Agencias de régimen especial, la Ley 1/2011 modifica el texto de la versión original de la LAJA, en el sentido de que ya no existe una remisión genérica al Derecho Privado, excepto en las cuestiones ya indicadas, sino que se establece: «*se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera*. En todo caso se rigen por Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación».

Por tanto, si se interpreta la Ley al pie de la letra, habría que diferenciar hasta cuatro modalidades de sujeción al Derecho Administrativo o Privado se-

⁹⁴ Cabe preguntarse con ¿qué legitimación la Administración de la Junta de Andalucía va a impugnar los estatutos de agencias públicas empresariales que contemplan en su objeto el ejercicio de actividades administrativas, cuando la propia Junta de Andalucía utiliza las agencias públicas empresariales para esta finalidad?

gún el tipo de agencia, y con la salvedad común a todas las agencias de la sujeción al Derecho Administrativo en relación con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas:

- Agencias administrativas: se rigen por el Derecho Administrativo
- Agencias de régimen especial: se rigen por el Derecho Administrativo, «sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera».
- Agencias públicas empresariales art. 68 b): se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado «según su particular gestión empresarial así lo requiera».
- Agencias públicas empresariales art. 68 a): se rigen por el Derecho Privado.

De entrada, se trata de una nueva muestra de artificio legal, y ni que decir tiene que las expresiones empleadas por la Ley 1/2011, que remiten a la aplicación del Derecho Administrativo o por el Derecho Privado «según su particular gestión empresarial así lo requiera», presentan un evidente grado de incertidumbre, que se compadece mal con el principio de seguridad jurídica⁹⁵.

Pero, sobre todo, tal vez ha llegado el momento de cuestionarse la relevancia de este tipo de declaraciones genéricas⁹⁶. ¿En realidad, puede disponer

⁹⁵ En su dictamen de 23 de marzo de 2011, Clavero Arévalo considera que esta disposición presenta una «gran incertidumbre sobre cuándo la agencia actúa bajo el Derecho Privado o bajo el Derecho Administrativo y no sólo para los ciudadanos sino para los operadores jurídicos. Se trata de una normativa objetivamente confusa en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990 de 15 de marzo». «Esta falta de claridad y de certeza son creadoras de una normativa objetivamente confusa y pueden originar indefensión, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución. En efecto ante actitudes de silencio administrativo de los órganos de la agencia pública empresarial, los ciudadanos o los operadores jurídicos, corren el riesgo, ante una normativa objetivamente confusa de acudir a una jurisdicción inadecuada con riesgo de perder su derecho de obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, también consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución».

⁹⁶ Puede observarse que la Ley 28/2006 de Agencias Estatales no contiene declaraciones genéricas sobre el sometimiento a un ordenamiento u otro, ni tampoco los Estatutos de las Agencias Estatales aprobados tras la Ley 28/2006. Véase, por ejemplo, Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, por el que aprueba el estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea; Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje; Real Decreto 186/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Meteorología.

el legislador ordinario de la sujeción de una entidad jurídico-pública al ordenamiento que le es propio por mandato constitucional? Ya sabemos que, por imposición del art. 2.2 LRJPAC, las entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (es decir, todas sin exclusión), tienen asimismo la consideración de Administración Pública, sometidas a la propia LRPAC cuando ejerzan potestades administrativas⁹⁷. Asimismo, en materia de contratación pública, gracias al Derecho Comunitario es impensable que por ley se excluya a una entidad del régimen de contratación pública, si bien la LCSP –art. 3.2– incomprensiblemente sigue excluyendo a las entidades públicas empresariales del régimen contractual de las «Administraciones Públicas»⁹⁸. Por su parte, en materia de responsabilidad patrimonial, son constantes los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía que declaran las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra las Empresas Públicas de la Junta de Andalucía, encuadradas en el artículo 6.1.b) de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, deben examinarse a la luz del régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial derivado del artículo 106.2 de la Constitución⁹⁹, y así se reconoce expresamente en

⁹⁷ Como ha señalado recientemente J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, cuando la LOFAGE excluye el sometimiento al Derecho Privado lo referente a “la formación de la voluntad de sus órganos”, ¿se refiere sólo a lo específicamente propio de los órganos colegiados, cuando tal sea el caso, o comporta una remisión general a los requisitos de competencia, procedimiento y necesidad de motivación que rigen en realidad la formación de la voluntad de los órganos administrativos, siendo de aplicación toda la regulación general de los actos administrativos de la Ley 30/1992? «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos», *RGDA* 27 (2011), pág. 40. En esta línea, J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ defiende que el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 consagra un principio de reserva de Derecho Administrativo para la atribución y ejercicio de potestades administrativas. “Garantías jurídicas de atribución y ejercicio de potestades administrativas: el principio de reserva de Derecho Administrativo”, en “Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social”, Monografía de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2011.

⁹⁸ L. MELLADO RUIZ, «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la de Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP* 74, 2009, en particular p. 127.

⁹⁹ «El principio de responsabilidad de los poderes públicos, plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución como una de las piezas básicas del Estado de Derecho, se concreta después en su artículo 106.2 con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada la gestión de los servicios públicos en cuyo seno se produce el daño; este principio tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a exigir la responsabilidad [art. 35.j) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre] y ha sido acogido como rector del funcionamiento de la Administración General del Estado, incluidos los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, por el artículo 3.2.d) de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Por consiguiente, cabe afirmar que la noción objetiva de servicio público ha sido erigida por la Constitución en la clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial» (Consejo Consultivo de Andalucía, *Memoria 2009*, pág. 106).

los Estatutos de alguna Agencia pública empresarial¹⁰⁰. Igualmente, el régimen jurídico-público patrimonial se aplica a todas las entidades públicas vinculadas o dependientes de las Administraciones generales –art. 2 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas–, incluidas las entidades públicas empresariales¹⁰¹. Y a idéntica conclusión debería alcanzarse sobre el ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones¹⁰². Por tanto, desde el plano de legislación básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, deben relativizarse las declaraciones legales sobre el sometimiento al Derecho Privado de la actuación de Entidades jurídico-públicas, todo ello sin perjuicio de la viabilidad de otros planteamientos constitucionales¹⁰³.

¹⁰⁰ Es el caso de los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (art. 45 Decreto 101/2011).

¹⁰¹ En tal sentido, la Ley 33/2003 modificó la redacción de los artículos 49 y 56 de la LOFAGE referidos al patrimonio de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, para establecer que en ambos casos el régimen patrimonial será el establecido en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. E, igualmente, se establece para las agencias estatales en la Ley 28/2006 –art. 17.2–. Véase E. MONTROYA MARTÍN, «El régimen común del patrimonio de los organismos públicos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas», en VV. AA., *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, 2007, pp. 116 y ss.

¹⁰² Y ello a pesar de la incertidumbre que puede ofrecer el inciso final del artículo 3.2: «Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas». En realidad, como señala la doctrina, la LGS persigue vincular el concepto de subvención al del ejercicio de una potestad pública, de tal suerte que cuando la actividad del ente público se halle reglada públicamente y, por tanto, sujeta al Derecho Administrativo en el orden de actividad referido a la subvención, el conjunto de la relación subvencional, desde su nacimiento hasta su extinción, se halla sujeto al régimen general de la Ley. Lo que lleva a cuestionar la posibilidad que la misma LGS contempla de que entes públicos puedan realizar entregas dinerarias sin contraprestación sujetas a derecho privado. Véase J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones”, capítulo III de G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, pp.142 y ss.

¹⁰³ J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha venido defendiendo que la exigencia del artículo 103.1 CE de sometimiento pleno de la actuación administrativa al Derecho no es a cualquier rama del Derecho sino al Derecho Público («La integración en el Sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones Instrumentales», *RAAP* núm. 51, 2003, p. 71). Y, más recientemente, dirá «Ningún sentido tiene, sin embargo, por otra parte, la configuración legal actual de un tipo de persona o de entidad jurídico-pública cuya actuación habría de someterse en principio al Derecho privado» (“Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones”,

3. Régimen del personal de las Agencias: la doble dependencia

La Ley 1/2011 no modificó el régimen de personal de las agencias administrativas, de modo que puede ser funcionario, laboral o, en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración de la Junta de Andalucía (art. 67.2). En cambio, sí se modifica ligeramente el régimen del personal de las agencias de régimen especial. Como se señaló antes, la LAJA había dispuesto que el «personal de las agencias de régimen especial se rige por el Derecho Laboral. No obstante, las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario». En cambio, la Ley 1/2011 establece lo siguiente: «El personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario» (art. 74.1). De este modo, la nueva redacción parece eliminar ese obligado confinamiento del personal funcionario al estricto ámbito de funciones de autoridad, pero tampoco garantiza se produzca, pues deja en manos de la Administración la elección de uno u otro régimen para el resto de las funciones. En todo caso, al contar estas entidades con personal funcionario se salva, en principio, la reserva funcional.

Ahora bien, una vez más, la principal modificación efectuada por la Ley 1/2011 está referida a las agencias públicas empresariales. Como se señaló antes, la LAJA había dispuesto que el personal de las agencias públicas empresariales

RGDA núm. 27, 2011, pág. 39). Hace ya tiempo, F. GARRIDO FALLA (“Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales”, *REDA* n° 79, 1993, págs. 392 y ss) propugnó la supresión de la categoría de Entidades de Derecho público cuya actividad está sometida al Derecho privado. En este sentido, J.M. SALA ARQUER (“Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA* n° 75, 1992, pág. 412), señaló que no puede admitirse que la Administración, o el legislador, configuren arbitrariamente el estatuto jurídico de tal o cual organismo, prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines que persigue. De modo similar, A. BETANCOR RODRÍGUEZ (“Las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *Documentación Administrativa*, n° 246-247, 1997, pp. 481 y ss.), ha manifestado que las EPEs, al combinar actividad de autoridad con actividad empresarial, suponen un híbrido inconstitucional, por no ajustarse a la “imagen” constitucional de la Administración Pública como poder público. En fin, como ha señalado R. RIVERO ORTEGA –*El Derecho Administrativo Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 94 y 95–, debe realizarse una “lucha por las formas”: la forma jurídico-pública de personificación de los entes instrumentales delata automáticamente su condición de Administración Pública, determinando la inmediata aplicación de todo un bloque de normas jurídico-públicas.

riales se rige en todo caso por el Derecho Laboral –art. 70.1–¹⁰⁴. Esto plantaba una clara contradicción con la posibilidad también indicada de que atribuir a estas entidades el ejercicio de potestades administrativas. Pues bien, la Ley 1/2011 mantiene la regla de la LAJA: tanto en las agencias públicas empresariales del artículo 68.a) como del 68.b) el personal se rige *en todo caso* por el Derecho Laboral –art. 70.1–¹⁰⁵. Y para salvar el escollo de la reserva funcionarial la LAJA acude a técnica clásica del Derecho Administrativo: la distinción entre adscripción orgánica y funcional –art. 70.3– :

«En el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial¹⁰⁶.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, el horario de trabajo y las retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y las relativas al sistema de recursos

¹⁰⁴ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 se incorporó una enmienda formulada por el Grupo Socialista (núm. 88) en la que se añadía al artículo 70.1 LAJA tras la afirmación según la cual el personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral «así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», añadido perfectamente superfluo como es notorio.

¹⁰⁵ En su dictamen de 23 de marzo de 2011 el profesor Clavero señala: «Son incompatibles el que “en todo caso” el personal de estas agencias se rija por el Derecho Laboral, del artículo 70 de la Ley 1/2011 y el “en todo caso” que establece el EBEP en su artículo 9.2 de la necesaria intervención de funcionarios públicos».

¹⁰⁶ El Decreto-Ley 5/2010 establecía: «A tal fin, *podrán configurarse* en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial». Tras la enmienda núm. 87 del Grupo Socialista se modificó la redacción de este inciso: «A tal fin, *se configurarán* en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial».

administrativos que procedan contra los actos que se dicten en ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la agencia»¹⁰⁷.

Sin embargo, lo cierto es que los Estatutos de las Agencias Públicas Empresariales del artículo 68.b) aprobados hasta la fecha no tratan apenas el régimen de dependencia funcional, tal como exige la Ley 11/2001. Por su parte, los protocolos articulan la doble dependencia de los funcionarios del siguiente modo:

- De la Agencia: corresponderá a la Agencia el establecimiento de las condiciones relativas a la prestación del servicio del personal funcionario bajo su dependencia funcional, en materia de horario de trabajo¹⁰⁸. Asimismo corresponderá a la Agencia la evaluación del desempeño que corresponda a este personal, lo que conlleva la fijación de la retribución variable que corresponda a este personal dentro del sistema de evaluación general del desempeño que esté establecido¹⁰⁹.
- De la Consejería: corresponderá a la Consejería a que se adscribe la Agencia el ejercicio de la potestad disciplinaria, así como la resolución de los recursos administrativos contra las instrucciones y órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Agencia¹¹⁰.

Dejando de lado la observación obvia según la cual la expresión «podrá lle-

¹⁰⁷ La redacción original de este apartado en el Decreto-Ley 5/2010 era parcialmente diferente: «El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, especialmente en relación con el sistema de recursos administrativos, jornada y horario de trabajo, retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y ejercicio de la potestad disciplinaria». Como puede verse, la principal diferencia es la omisión por el Decreto-Ley 6/2010 del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Agencia. Además, el Decreto-Ley 5/2010 contenía un párrafo suprimido tras el Decreto-Ley 6/2010: «Las agencias públicas empresariales podrán llevar a cabo a través de su personal, cualquiera que sea su forma de vinculación, de forma directa, funciones complementarias y de investigación y auxilio de las potestades públicas atribuidas, entre otras las de autotutela y recuperación del dominio público, sancionadora, expropiatoria, de fe pública y de todas aquellas reservadas a personal funcionario».

¹⁰⁸ Los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía añaden que en todo caso, dichas condiciones se establecerán en el marco de la normativa reguladora de las formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario de la Junta de Andalucía (disposición adicional tercera).

¹⁰⁹ Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (disposición adicional tercera).

¹¹⁰ Así pues, los protocolos ratifican el criterio del Decreto-Ley 6/2010 de desposeer a las agencias de la potestad disciplinaria sobre los funcionarios adscritos funcionalmente.

varlas a cabo» del artículo 70.3 debe entenderse «*deberá llevarla a cabo*» por exigencia del EBEP, se ha señalado que este «régimen de dependencia funcional que implica para funcionarios de carrera una movilidad forzosa del puesto de trabajo, sin respetar mínimamente los requisitos fijados en el EBEP, ya que bajo esa apariencia de mantenimiento en el mismo puesto de trabajo del que se sigue dependiendo orgánicamente, lo que existe en realidad es un traslado encubierto en el que buena parte de sus condiciones laborales van a cambiar por completo»¹¹¹. En concreto, este precepto vulneraría las condiciones para la movilidad forzosa establecidas en el artículo 81.2 EBEP, según el cual «las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar (se entiende forzosamente) a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares». Sin embargo, lo cierto es que si este precepto habilita a las Administraciones Públicas, aquí nos encontramos ante una norma con rango de Ley.

En todo caso, la técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional se ha empleado siempre dentro de una misma Administración Pública y para mantener una cierta vinculación funcional con un órgano diferente al cual se adscribe orgánicamente la unidad de que se trate y en la que efectivamente sirve¹¹². En este caso, además del salto de una Administración (la Administración General de la Junta de Andalucía) a otra (la Agencia pública empresarial de que se trate) se produce una situación inversa: la unidad o

¹¹¹ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular contra la Ley 1/2011: «En definitiva, con este sistema los funcionarios de las Consejerías van a estar bajo la dirección funcional de las agencias públicas empresariales. Pasamos de esta forma de la concepción tradicional de los entes instrumentales como medio propio de la Administración Pública, a otra muy novedosa –y netamente andaluza– en la que la administración pública se convierte en medio propio de los Entes Instrumentales en aquellas tareas que éstos no pueden, por estricto imperativo legal, realizar».

¹¹² Así, el Decreto 233/1989, de 7 de noviembre, por el que se establece el funcionamiento de los archivos centrales de las consejerías dispuso lo siguiente: «Los archivos centrales estarán adscritos a la Secretaría General Técnica u órgano equivalente de los Organismos Autónomos y Empresas de la Junta de Andalucía dependiendo funcionalmente, a través del Archivo General de Andalucía, de la Consejería de Cultura, que tendrá las competencias establecidas en el presente Decreto y en sus normas de desarrollo» –art. 2–. Por su parte, el Decreto 97/2000, de 6 marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivos, generalizó este criterio al establecer que, sin perjuicio de su adscripción orgánica, los archivos de titularidad o gestión autonómica dependerán funcionalmente, a efectos del cumplimiento de las instrucciones en materia archivística que se dicten, de la Consejería de Cultura –art. 23.6–.

puesto de trabajo de *facto* se adscribe a la Agencia, como se desprende fácilmente de los protocolos de adscripción, en los que palmariamente se expresa que corresponderá a la Agencia el establecimiento de las condiciones relativas a la prestación del servicio del personal funcionario bajo su dependencia funcional, en materia de horario, así como corresponderá a la Agencia la evaluación del desempeño que corresponda a este personal.

Asimismo, corresponde a la Agencia la evaluación del desempeño del personal funcionario adscrito funcionalmente, lo que además de consecuencias inmediatas en orden a la percepción del correspondiente complemento retributivo, conllevará importantes consecuencias en orden a la carrera horizontal y vertical del funcionario, pues la evaluación del desempeño está llamada a desempeñar a partir del EBEP un lugar central en una y otra modalidad de carrera profesional. Es decir, el funcionario afectado por esta «adscripción funcional», en realidad, pasa a desempeñar sus funciones en la Agencia. Nada que ver, por tanto, con la tradicional técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional.

De otro lado, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011, el Grupo Socialista formuló una enmienda (la 113 por la que se introducía la disposición adicional quinta) del siguiente tenor: «Los puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas serán desempeñados, en todo caso, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera. Su régimen jurídico, como personal laboral, será el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en la disposición adicional quinta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, y en la normativa que sobre esta materia dicte la Comunidad Autónoma de Andalucía». Sin embargo, finalmente se desvirtuó la enmienda al añadirse: personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera «o por quienes sean nombrados por el Consejo de Gobierno como gerentes o jefes de personal de las agencias»¹¹³. En nuestra opinión, incluso antes de quedar vacío de contenido se trataba de un claro error, pues no se salva la reserva de funciones al personal funcionario por la circunstancia de que la persona designada tenga personalmente la condición de funcionario de carrera, sino porque su estatus en la Administración sea precisamente el que corresponde al personal funcionario¹¹⁴.

¹¹³ Así, por ejemplo, artículo 24.3 Estatuto de la Agencia de Obra Pública añade «por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera o por quien sea nombrado por el Consejo de Gobierno como Director Gerente, jefe superior de personal de la Agencia».

¹¹⁴ Por eso este mismo tipo de preceptos no plantea problemas en el caso de las agencias de régimen especial. Así, el Estatuto de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera declara que los

Por lo demás, nada añade al sistema ya diseñado en el Decreto-Ley 5/2010 la redundante disposición adicional sexta introducida por la Ley 1/2011, y según la cual 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 corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública»¹¹⁵.

4. Integración del personal en las agencias

A. Integración del personal laboral procedentes de entidades privadas

El Decreto-Ley 5/2010 disponía: «b) El personal laboral procedente de las entidades suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, y en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración». Pero tras la negociación con UGT y CCOO se añadió en el Decreto-Ley 6/2010: «y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial».

Este acceso directo se produce mediante la técnica de la sucesión de empresas del Estatuto de los Trabajadores [letra b) de la disposición adicional cuarta], de tal forma que pese a no haber concurrido necesariamente a un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad, como si debieron hacer el personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía. Por esta razón, se ha señalado que la Ley 1/2011 podría vulnerar la exigencia constitucional del acceso «en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas», que forma parte del contenido esencial – indisponible para el legislador – del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, como lo es también del principio de igualdad recogido en el artículo 14

puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas serán desempeñados, en todo caso, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera –art. 32.2–. Lo cierto es que en el Proyecto de Ley de EBEP remitido al Senado se decía que los directivos con contrato laboral de alta dirección no podían ejercer directa o indirectamente funciones que impliquen autoridad, si bien esta matización desapareció del texto final. Véase R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 67.

¹¹⁵ Esta disposición tiene origen en la enmienda núm. 114 formulada por el Grupo Socialista. *BOPA* núm. 611, de 3 de febrero de 2011.

CE¹¹⁶. Sin embargo, debe aquí recordarse la doctrina constitucional (discutible por su carácter formalista) contraria a la aplicación del artículo 23.2 CE al acceso a la condición de personal laboral de las Administraciones públicas¹¹⁷.

Ahora bien, sea o no de aplicación del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, la Ley 1/2011 puede vulnerar los artículos 14 y 103.3 CE. Con ánimo de salvar esta inconstitucionalidad debe entenderse que una cosa es conceder a este personal procedente de las entidades privadas del sector público andaluz, seleccionado en ocasiones bajo procedimientos ignotos (pues –como indican los informes de la Cámara de Cuentas– no se conserva documentación al respecto) la condición de «empleados públicos», (que es justamente lo que explicita la Ley 1/2011 tras la negociación efectuada con los sindicatos UGT y CCOO), y otra distinta es que adquieran, automáticamente, la condición de personal laboral «fijo». En nuestra opinión, este personal podrá conservar la categoría –eventual o indefinida– que tenía en la entidad de procedencia, pero lo que no procede es su conversión en personal laboral «fijo», pues ésta es una categoría exclusiva del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, con las consecuencias que ello supone en relación con el personal indefinido (esto es, convocatoria de las plazas ocupadas por personal indefinido mediante procedimientos selectivos en los que, en su caso, podrá valorarse como mérito los servicios prestados en la entidad de procedencia, pero sin que puedan consistir, ni formal ni materialmente, en pruebas restringidas, sino que ha de tratarse de procesos selectivos de carácter abierto, en los que se garantice la libre concurrencia, tal como exige el EBEP –art. 61.1–).

¹¹⁶ Así lo entiende el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular.

¹¹⁷ No lo ha entendido así la STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de noviembre de 2011, que anula la disposición adicional segunda del Decreto 103/201, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por vulneración de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. Según el Tribunal es esa disposición del Decreto la que regla y materializa la integración del personal del Instituto y por tanto la que infringe el EBEP, y como consecuencia de esa infracción, se vulneran los derechos susceptibles de amparo invocados por los recurrentes. De manera que el Tribunal considera que no es necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 1/2011, ya que conforme al artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de su validez no depende este fallo. Sin embargo, en nuestra opinión, es justamente este punto el más frágil del razonamiento de la sentencia, pues elude la clara cobertura de la disposición del Decreto anulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de la cual aquel no es más que su directa ejecución, por lo que estimamos que sí procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucional justamente de dicha disposición legal. Aunque acertada en el fondo, tal vez no proceda en este caso la aplicación directa de la Constitución por la justicia ordinaria.

5. Integración personal funcionario

A. Integración del personal funcionario en agencia pública empresarial

Dado que no se prevé la adscripción orgánica a las APES de personal funcionario, puesto que su personal es exclusivamente de régimen laboral, hay dos posibilidades: o bien el funcionario se integra voluntariamente como personal laboral, o bien queda adscrito funcionalmente a la Agencia.

-Integración como personal laboral. Según la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, la integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria»¹¹⁸. El tipo de contrato y las condiciones de este personal se negociarán con las organizaciones sindicales más representativas¹¹⁹. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus Cuerpos en la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

¹¹⁸ En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular se señala lo siguiente: «lo que se concibe como una integración “voluntaria” del personal funcionario en la agencia pública empresarial en la letra a) de la Disposición Adicional Cuarta, perdiendo claro está su condición de funcionario, no tiene en realidad ningún componente de voluntariedad, puesto que los interesados habrán de optar entre perder “voluntariamente” su plaza obtenida a través de un concurso-oposición, y los derechos que como funcionario pudieran corresponderle a cambio de ciertas ventajas o permanecer en su puesto y en su condición cuando todas las tareas y potestades han sido externalizadas y resultará de imperiosa aplicación lo previsto en el nuevo artículo 69 LAJA sobre la adscripción funcional de personal funcionario a esa misma agencia pública empresarial a la que no ha querido irse voluntariamente. En consecuencia, se obliga subrepticamente a multitud de funcionarios a laborizarse (con el riesgo cierto de que en el momento en que eso ocurra el código de su plaza sea inmediatamente desdotado, por lo que si quisiera reintegrarse como funcionario habría que esperar a que la Administración volviera a dotarla –cosa harto improbable–) o a permanecer en unas condiciones laborales hostiles, y tanto una cosa como la otra representan un ataque directo por vía legislativa al principio de igualdad del artículo 14 CE y al derecho a ejercer las funciones públicas en condiciones de igualdad y a no ser removidos de sus puestos reconocido por el artículo 23.2. CE. Si bien, la Ley 1/2011 establece en su disposición adicional cuarta que los funcionarios podrán de forma voluntaria incorporarse a la Agencia. En el caso en que sus funciones se trasladen a la Agencia y no acepten dicha “incorporación voluntaria”, esta normativa no les asegura una plaza equivalente de funcionario en la estructura de la Junta de Andalucía, quedando sin regular esta situación, con la única mención en el sentido de “permanecer en servicio activo”, con lo que el funcionario se ve obligado a aceptar la situación impuesta ante el desconocimiento de su futuro»

¹¹⁹ Este inciso fue introducido durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 a partir de la enmienda 108 formulada por el Grupo Socialista.

Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía¹²⁰. A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad. Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

La aplicación de la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público impide que se pueda hablar de pérdida de la condición de funcionario público. Ahora bien, esta medida no supone concesión alguna, pues se trata simplemente de aplicar la previsión contenida en el Reglamento de Situaciones Administrativas –art. 15–¹²¹. En efecto, a diferencia de la excedencia voluntaria por interés particular, en este caso no se exige un período mínimo de servicios previos, la Administración no puede oponerse a la misma por razones del servicio («Procederá declarar» dice el Reglamento) y no tiene un límite temporal determinado, sino que los funcionarios podrán permanecer en esta situación en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. El problema es que esta situación no garantiza la reserva del puesto de trabajo: una vez producido el cese como personal laboral fijo, el funcionario deberá solicitar el reingreso al servicio activo. Lo cierto es que si el legislador autonómico pudo haber creado una situación “ad hoc”, como en su día dispuso el Estado para los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas.

- Adscripción funcional manteniendo la condición de funcionario. A sensu contrario en relación con la voluntariedad de la integración como personal laboral, de la disposición adicional cuarta se desprende que la adscripción funcional no es voluntaria. Curiosamente esto determina lo siguiente:

- Si se trata de personal funcionario que no venía ejerciendo funcio-

¹²⁰ La precisión final del precepto refiriendo los concursos a la Administración General de la Junta de Andalucía fue introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 a partir de la enmienda 109 formulada por el Grupo Socialista.

¹²¹ La única innovación, no sé si consciente o no del legislador autonómico, sería aplicar esta situación a los funcionarios interinos, pues tras modificación efectuada por el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, esta excedencia se aplica a los funcionarios de carrera, determinación que ha sido considerada lícita por el Supremo (STS 23-12-2008, rec. 153/2006).

nes reservadas a funcionarios: podrá optar entre permanecer como tal en la Administración de la Junta de Andalucía, si bien probablemente tendrá que ser reasignado; o bien optar por perder su condición de funcionario e integrarse en la APE como personal laboral.

- Si se trata de personal funcionario que si venía ejerciendo funciones reservadas a funcionarios: no puede elegir, se verá adscrito funcionalmente a la APE.

Según la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, al personal funcionario que se adscriba funcionalmente a una agencia pública empresarial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. Asimismo, algunos Estatutos de las Agencias añaden «y en especial la regulación sobre jornada, horario y retribuciones»¹²², lo cual es contradictorio con las sujeción a los horarios de la Agencia prevista en la Ley 1/2001¹²³.

B. Integración personal funcionario en Agencia de régimen especial

Según la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, al personal funcionario que se integre orgánicamente en una agencia de régimen especial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. De otro lado, a sensu contrario de la voluntariedad de la integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial, se infiere que la integración del personal funcionario en una agencia pública de régimen especial no es voluntaria. Lo cual puede considerarse correcto, puesto que la Ley prevé que estas agencias estarán integradas por personal funcionario y laboral.

¹²² Por ejemplo, art. 38.2 Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento. Por su parte, los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía establece que al personal funcionario adscrito continuará siéndole de aplicación el régimen vigente en materia de vacaciones, permisos y conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el establecido en esta materia en el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía (disposición adicional tercera).

¹²³ Algún Estatuto de Agencia añade lo siguiente: «Los conceptos retributivos del personal funcionario bajo la dependencia funcional de la Agencia son los establecidos para este personal en la normativa de función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus cuantías se determinarán de conformidad con lo establecido en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en la correspondiente relación de puestos de trabajo» (art. 33.3 Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales).

6. Integración del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía

A. Integración en una agencia pública empresarial

Tras el Decreto-Ley 6/2010 se explicitó que la integración del personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía en una agencia pública empresarial será voluntaria. Como se trata de personal laboral, aquí no se plantea ninguna adscripción funcional obligatoria. Este personal mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia.

Tanto el Decreto-Ley 5/2010 como el Decreto-Ley 6/2010 no contenían más precisiones, pero en la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 se añadieron los párrafos siguientes, a instancia de las organizaciones sindicales CCOO y UGT: «Al personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una agencia pública empresarial se le valorará como experiencia laboral el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de traslados para la provisión de puestos de trabajo o promoción interna en la Administración General de la Junta de Andalucía. A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad. Asimismo, cuando reingrese al servicio activo en la Administración General de la Junta de Andalucía, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de antigüedad y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional». De este modo, se establecen garantías similares a las previstas para el personal funcionario que voluntariamente se integre en las Agencias.

b) Integración en una agencia de régimen especial

«El personal laboral de las agencias de régimen especial procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía se integra orgánicamente, manteniendo su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Adminis-

tración de la Junta de Andalucía». Por tanto, sucede igual que al personal funcionario: la integración orgánica es obligatoria¹²⁴.

7. La reserva funcional al Estatuto funcional

En todo caso, la cuestión central que plantea la Ley 1/2011 es cuál es el alcance de la reserva funcional al estatuto funcional que impone el EBEP. Como es sabido, el EBEP –art. 9.2– establece: «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»¹²⁵.

Como es evidente, el art. 9.2 del EBEP adopta el criterio fijado por el Tribunal de Justicia para definir los empleos de la Administración excluidos del ámbito de la libre circulación (artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), que es el de los “empleos que implican una participación directa, o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tiene por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas” (entre otras, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-47/2002)¹²⁶.

Ahora bien, aunque parezcan conectados lo prevenido en el art. 9.2 EBEP y la normativa comunitaria, entre ambas no existe una identidad absoluta porque su razón de ser no es la misma. La interpretación que ha realizado el Tri-

¹²⁴ Este precepto presentaba en el Decreto-Ley 5/2010 presentaba una redacción diversa «El personal laboral de las agencias de régimen especial procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia».

¹²⁵ Este criterio fue defendido años atrás por M^a. J. MONTORO CHINER, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *RAP* n^o 136, 1995, en especial pp. 186 y ss., donde subraya que el criterio de la función se alza en el elemento clave de la distinción entre personal laboral y funcional. Como subraya la autora, la justificación de la existencia de los sujetos reside en la función que éstos desempeñan, y no al revés.

¹²⁶ La definición establecida por la jurisprudencia comunitaria fue considerada por el Informe del Comité de Expertos como claramente indicativa del núcleo esencial de la función pública de carrera y que, desde su condición de norma mínima, debería ser contemplada en la formulación del nuevo Estatuto. Lo cual parece orientar la concreción de las funciones que quedan reservadas a funcionario público, pero no es una exigencia.

bunal de Justicia de la cláusula de reserva se explica en el contexto de la máxima vigencia de la libre circulación de trabajadores, de ahí que la reserva comunitaria se haya interpretado de forma muy restrictiva en coherencia con su carácter de excepción de las libertades comunitarias¹²⁷. Por el contrario, el punto de partida a efectos de identificar las funciones que deben quedar excluidas del régimen laboral o cualquier otro régimen que no sea el de funcionarios (como el personal eventual) debe ser el principio constitucional de preferencia del régimen funcionarial.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional (STC 99/1987) declaró que la Constitución supone una *opción genérica en favor de un régimen estatutario de los servidores públicos*. Así, la sentencia añade que la Constitución exige que las excepciones a tal régimen deben ser dispuestas por el legislador, estableciendo las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración, “garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo pueden ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionarios”¹²⁸. Y es evidente que el EBEP no habría cambiado este principio por ser derivación directa de la Constitución¹²⁹.

De este modo, y a diferencia de la aplicación de la excepción comunitaria a la libre circulación de trabajadores, la Ley debe determinar claramente qué funciones puede desempeñar el personal laboral y no al contrario. Y, en este

¹²⁷ Desde la perspectiva del Derecho Comunitario de excepción al principio de libre circulación de trabajadores: Lo esencial es conocer si las funciones que los conforman se traducen “en actos de voluntad que obliguen a los particulares, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de desobediencia” (sentencia de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, Comisión vs. Bélgica). Se tiende a distinguir entre actos de gestión y actos de poder público.

¹²⁸ Así, S. MARTÍN-RETORTILLO señaló, la «STC 99/1987, de 11 de junio, si bien de forma en exceso tamizada pero no por ello menos inequívoca, había señalado que la CE había optado con carácter general por el régimen estatutario para los servidores públicos, sin perjuicio de que, en algunos casos, puedan reconocerse, siempre con carácter excepcional, otras vías de acceso para los servidores públicos». «Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo», en *RAP*, núm. 140, 1996, pgs. 47 y 48.

¹²⁹ Así, puede señalarse algunas Leyes autonómicas posteriores al EBEP mantienen un principio general de *preferencia* por el régimen funcionarial. Así, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares establece que, con carácter general, los puestos de trabajo de la administración autonómica están reservados a personal funcionario de carrera –art. 14–. En este sentido, la Ley 210/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana establece que, carácter general, los puestos de trabajo se clasificarán de naturaleza funcionarial y, en todo caso, aquellos cuyo desempeño implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales –art. 37–.

sentido, aun cuando el artículo 9.2 remite a «los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca», el artículo 11.2, más acorde con la doctrina constitucional establece: «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los *criterios* para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2». Otra cosa es que, tal vez, los criterios deberían haberse fijado por el legislador básico, pues se trata de una cuestión crucial para todo el régimen del empleo público¹³⁰. Y, en todo caso, el EBEP impone un claro mandato positivo al legislador de desarrollo («establecerán»), de tal modo que esta delimitación constituye un contenido normativo obligado de dichas leyes¹³¹.

Pues bien, obsérvese que el EBEP no reserva sólo el ejercicio de potestades administrativas, que sería rigurosamente excepcional, pues las potestades se atribuyen por lo general a órganos y no a cuerpos funcionariales, sino el «ejercicio de *las funciones que impliquen la participación directa o indirecta* en el ejercicio de las potestades públicas»¹³². Y en la interpretación de este ámbito funcional reservado a al estatuto funcional entendemos que debe partirse –como se ha señalado– del carácter constitucionalmente prevalente del régimen funcional en todo aquello que sea propio de la actuación administrativa diseñada por la Constitución –art. 103.1 CE–¹³³.

¹³⁰ Como señala J. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, nos vamos a encontrar con dieciocho leyes de función pública (la estatal y las autonómicas) que podrán establecer soluciones diversas, contrarias por tanto al principio de igualdad y, lo que es más importante, vaciando de contenido la exigencia del legislador. «El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público», *REDA*, núm. 139/2008.

¹³¹ L. ORTEGA ÁLVAREZ, se pregunta si lo dispuesto en el artículo 9.2 EBEP es una habilitación al legislador para el desarrollo para reservar puestos de trabajo a funcionarios, en base a los criterios contenidos en dicho precepto, o constituye una obligación de declarar reservados a funcionarios todos los puestos en los que se produzcan tales circunstancias. «Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *«Estatuto Básico del Empleado Público»*, La Ley, El Consultor, 2007, pág. 37. Como señala J. FERNÁNDEZ-MIRANDA, parece clara la obligatoriedad.

¹³² En cambio la LAJA en el art. 74.1 referido a las agencias de régimen especial utiliza una expresión más restrictiva: «funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario» (más correcto, el art. 69 referido a las agencias públicas empresariales reproduce la expresión del EBEP).

¹³³ Empieza a extenderse la opinión de que este deslinde entre el personal laboral y funcional es ya innecesario, máxime cuando el personal tiene carácter fijo, sobre todo habida cuenta de que el propio EBEP ha establecido un régimen común para ambas clases de empleados públicos (en particular, en materia de código de conducta y régimen disciplinario). Sin embargo, no podemos compartir esta opinión. Con independencia del diferente rigor de los procedimien-

Pues bien, está claro que necesariamente debe reservarse a los funcionarios públicos aquel tipo de actividad administrativa que se exterioriza a través de un acto administrativo y que implica además el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado. Así, puede recordarse que la Ley de Función Pública andaluz en su redacción original establecía: «se adscribirán en todo caso a funcionarios los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa» –art. 12.2–.

Pero el propio EBEP da pistas en un sentido más amplio. En efecto, a propósito de la Administración Local se establece lo siguiente: «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería (disposición adicional segunda)¹³⁴. De este modo, cabe incluir las tareas de preparación de actos jurídicos, su puesta en práctica y el control de su aplicación. En tal sentido, debe recordarse que la LRBRL, tras la modificación efectuada por la Ley 57/2003, a propósito de las entidades públicas empresariales locales establece que el secretario del Consejo de Administración, *que debe ser un funcionario público* al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades –art. 85 bis 1.d)–.

A título orientativo puede señalarse que la delimitación contenida en dos leyes autonómicas, que siguen de cerca lo establecido por el EBEP. De un lado, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares establece –art. 14.3– que quedan reservados al personal funcionario de carrera los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión eco-

tos selectivos para uno y otro tipo de personal y lo que ello supone de merma o garantía para el principio de igualdad en el acceso al empleo público, el valor de la imparcialidad (que constituye la seña de identidad del estatuto funcionarial según la Constitución –art. 103.3–) impone una serie de exigencias en orden a la carrera profesional que sólo el régimen funcionarial puede garantizar. Lejos de tratarse de una cuestión baladí, entendemos que se trata de uno de los caballos de batalla del Estado de Derecho en la actualidad.

¹³⁴ Como es sabido, la delimitación de funciones reservadas al estatuto funcionarial contenida en la LRBRL –art. 92, ahora derogado– era más amplia, pues incluía también a aquellos puestos que requieran de las notas de imparcialidad, objetividad e independencia en su desempeño, inciso cuya constitucionalidad fue cuestionada, pero cuya constitucionalidad fue avalada por la STC 37/2002.

nómico– financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma.

De otro lado, la reciente Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha declara –art. 6.2– que son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales las siguientes: a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos. b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas. c) La emanación de órdenes de policía. d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria. e) La contabilidad. f) Las de tesorería. g) La fe pública. h) La recaudación. i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos. j) El asesoramiento legal preceptivo¹³⁵.

Por el contrario, de la LMRFP –art. 15.1.c)– se infiere que la Administración podrá optar por proveer mediante personal laboral los puestos de trabajo «con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo».

De todo lo anterior se desprende que en toda entidad jurídico-pública, con independencia de cuáles sean sus actividades con proyección exterior, existe un conjunto de funciones internas que necesariamente han de ser desempeñadas por funcionarios públicos: el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria; la contabilidad; las funciones de tesorería; la función fe pública y asesoramiento legal preceptivo. Por tanto, es legalmente imposible que una entidad jurídico-pública pueda prescindir por completo del personal funcionario¹³⁶.

¹³⁵ La Ley añade que a los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales.

¹³⁶ Algún Estatuto parece hacerse eco parcialmente de esta exigencia. Así, los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia establecen que la secretaría del Consejo Rector, de la Comisión de Control y del Comité Consultivo será desempeñada por una persona que ostente la condición de personal funcionario, del grupo A, de entre los adscritos funcionalmente a la Agencia (arts. 14.8, 16.2 y 17.7). Por su parte, el Estatuto de la Agencia Andaluza del Conocimiento establece que el cargo de la Secretaría General debe cubrirse por personal funcionario

Pero, además, si la entidad pública emite actos administrativos, la instrucción de los correspondientes procedimientos administrativos de elaboración de dichos actos compete también a personal funcionario¹³⁷. Como también le corresponde los actos de administración de cualquier registro público a cargo de la entidad. Y, finalmente, la inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas y resoluciones administrativas. Debe recordarse que la propia LRJ-PAC –art. 137.3– para que los hechos constatados por un actuario tengan valor probatorio éste deberá tener la condición de funcionario público¹³⁸.

Por tanto, la instrucción y el control del cumplimiento de todos los actos de carácter administrativo (y algunos Estatutos de las Agencias definen cuáles son) corresponde al personal funcionario¹³⁹. En definitiva, lo decisivo es que el

de carrera, eso sí mediante el sistema de la adscripción funcional (art. 17.1 Decreto 92/2011). Pero ¿existe realmente una función más nuclear para la organización de la entidad que la de la secretaría general, a la que corresponde ejercer, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la persona titular de la Dirección Gerencia, la dirección administrativa y técnica de los distintos servicios de la Agencia así como asumir la dirección del personal al servicio de la Agencia? ¿Tiene sentido mantener el artificio de la adscripción funcional?

¹³⁷ Por tanto, no se trata sólo de la instrucción de algunos procedimientos, como se establece en los Estatutos de las Agencias en relación con la defensa y recuperación de los bienes de dominio público, para lo cual se establece que la instrucción de los procedimientos necesarios para el ejercicio de estas potestades, así como las propuestas de resolución, corresponderán a la Consejería competente en la materia. Por ejemplo, art. 14.2 del Decreto 94/2011 de la Agencia de Obra Pública.

¹³⁸ Debe reseñarse la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) núm. 1934/2009 de 30 octubre, sobre ayudas del Fondo Andaluz de Garantía Agraria. El Tribunal reconoce que las Actas de Control e Inspección efectuadas por funcionario gozan de presunción de veracidad salvo, claro está, que sean desvirtuadas por prueba fehaciente en contrario. «Ahora bien, tal como viene manifestando este Tribunal con reiteración en diversas Sentencias en la que ha sido parte la misma Administración demandada, este Control para que goce la referida presunción de veracidad ha de ser efectuado por funcionario, lo que en este caso no ocurre, según se desprende de lo actuado. (...) De conformidad con lo expuesto, examinado lo actuado en el expediente administrativo comprobamos que el control no se lleva a cabo por funcionarios, sino por empleados de una empresa contratista, folios 1 y ss. del Complemento de Expediente, con las consecuencias derivadas».

¹³⁹ Así, por ejemplo, el artículo 33 del Estatuto de la Agencia de Obra Pública declara que tendrán carácter administrativo los actos dictados por la Agencia en el ejercicio de potestades públicas y, en todo caso los siguientes: a) Los que dicte en relación con aquéllas de sus actividades de gestión del servicio público y de protección del dominio público y prestación de servicios que constituyan hechos imponibles de tributos. b) Los actos que impongan sanciones. c) Los actos de exacción y recaudación de ingresos de derecho público, de acuerdo con la normativa aplicable a los mismos. d) Los actos que obliguen a particulares con posibilidad de imponer su cumplimiento mediante ejecución forzosa. e) Los actos relativos a actividades de fomento.

empleado esté integrado en el proceso de formación de la voluntad de la entidad¹⁴⁰.

Y en este sentido cabe situar a la más reciente doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Así, en primer lugar, cabe mencionar la STS-JA de 25 de mayo de 2009, sobre una encomienda a la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo, declaró lo siguiente:

El recurso se interpuso contra la Orden de 4 de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo por la que se formaliza el acuerdo de encomienda a la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo. Según el artículo 1 de la Orden impugnada el objeto de la encomienda es: “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.

«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 realización del Plan y el la Comprobación del nivel de coherencia grado de entre lo solicitado, lo apro-

¹⁴⁰ Vid., con referencia al ordenamiento germano, M. BACIGALUPO SAGUESSE, «Reducción y laboralización de la función pública alemana en el marco del proceso de privatización de los servicios públicos en los años noventa», *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, pp. 303-304.

bado 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».

«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 unas tareas que exceden del contenido legal que estas instituciones pueden tener».

En segundo lugar, es de destacar la STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2011, también sobre encomienda a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, en este caso de actividades de gestión del Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

«La clasificación de documentos por fuerza conlleva una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica. Otra tarea reservada a la encomienda es la consistente en “tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen”. Es igualmente obvio que la *organización de los expedientes* supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar –normalmente así será– el ejercicio de potestades de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material. En fin, las labores meramente administrativas referentes a la *tramitación de solicitudes* comporta establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc. Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del

procedimiento administrativo y que se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, comportan el ejercicio de potestades administrativas».

«Las funciones que se encomiendan implican ejercicio de potestades administrativas. No son actividades de carácter material únicamente. 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 tarea que exceden del contenido legal que esta institución puede tener».

Y, en tercer lugar, debe también mencionarse la reciente STSJ 13 de mayo de 2011 (recurso 404/2010, interpuesto por SAFJA). En este caso se recurre la Orden de la Consejería de Cultura de 16 de marzo de 2010, por la que se establecen las bases reguladoras de la convocatoria de concesión de subvenciones por la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales en el año 2010, para proyectos de investigación sobre la lectura en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Orden impugnada delegó la concesión de subvenciones de la Consejera de Cultura en la personal titular de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales. Pues bien, según el Tribunal la *actividad administrativa de fomento*:

«Su ejercicio requiere de potestades administrativas para tramitar y resolver el procedimiento y, en su caso, imponer sanciones y obtener el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. Es innegable la competencia de la Consejería para otorgar subvenciones, pero ésta no podía ser delegada en la EPGPC mediante una Orden que delega la concesión de subvenciones sin motivación, y en contra de los estatutos que no contemplan que la Agencia tenga atribuida la función de conceder subvenciones ni ejercer potestades administrativas».

«El personal de la EPGPC no es personal funcionario según sus estatutos y se rige por el derecho laboral, incluido el Director Gerente (art.15 estatutos, y art.70 Ley 9/2007). Sin embargo, la Orden impugnada, atribuye a éste personal laboral la *tramitación y resolución de los procedimientos de subvenciones* regulados por el derecho administrativo, que requieren del ejercicio de potestades públicas, contraviniendo el art.69.2 y 3 Ley 9/2007, y también el art. 9.2 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. Debiéndose concluir nuevamente en la nulidad de la Orden por vulnerar normas de rango superior (art. 62.2 LRJ-PAC)».

Este criterio se inserta en la línea de otras sentencias indicadas más arri-

ba. Pero lo novedoso que presenta es que el Tribunal era plenamente consciente que la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales había sido ya transformada Agencia Pública Empresarial por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía¹⁴¹. Por lo demás, en la actualidad hay declaradas por los Tribunales en suspenso varias encomiendas hasta que no se decida su legalidad¹⁴².

Y, en todo caso, partiendo de la regla general de la preferencia del estatuto funcional, debe ser la Administración que pretenda su cobertura excepcional por parte de personal laboral la que ha de acreditar que el contenido del puesto permite esta excepción, y debe hacerlo mediante una descripción exhaustiva de las funciones que se desarrollen en cada puesto concreto¹⁴³.

¹⁴¹ La sentencia es una clara advertencia a estas prácticas que continúan. Así, mediante acuerdo de 29 de marzo de 2011 la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia autorizó la encomienda a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) de la gestión de los expedientes de ayudas asociados a la Orden de 15 de diciembre de 2010, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a corporaciones locales de Andalucía para la financiación de proyectos de mantenimiento de la red de centros de acceso público a internet “Guadalinfo” durante el periodo del 1 de enero de 2011 al 3 de diciembre de 2013.

¹⁴² El auto del TSJ de 21-3-2011 reafirma la suspensión cautelar y la consiguiente paralización de la encomienda de gestión formalizada en la Resolución de 13 de noviembre de 2009 del Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Concretamente, en dicha resolución el SAE encarga a la FAFPE la explotación de datos derivados de la Gestión de la Formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados. Añadiendo que el interés general “no se vería perturbado, puesto que las tareas de la encomienda están siendo desempeñadas por el personal funcionario” del SAE. En otra sentencia la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) ha acordado suspender de manera cautelar la resolución de 27 de febrero de 2009 por la que se encomienda a Sadesi, sociedad mercantil adscrita a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, la operación y soporte de sistemas de gestión empresarial implantado en la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo de la Consejería de Presidencia. Para el sindicato recurrente afirma que “la atribución de potestades públicas al personal de la mercantil sería contraria a Ley y supone el reflejo de la huida del Derecho Administrativo que está experimentando la Administración andaluza, variando de contenido las funciones y atribuciones de los funcionarios públicos”, añadiendo que el interés general “no se vería perturbado, puesto que las tareas de la encomienda están siendo desempeñadas por el personal funcionario” de Presidencia.

¹⁴³ STSJ Madrid 19 de febrero 2008, recurso 991/2004.

V. CONCLUSIONES

Debido a la relativa (parcial e imperfecta) «republicación» del régimen jurídico de las entidades jurídico-privadas del sector público acaecida a lo largo de la segunda mitad de la pasada década, estas entidades están sujetas en parte a las facultades «en menos» propias del Derecho Público (caso del régimen de contratación pública) sin poder en cambio ejercer potestades públicas (facultades «en más»). De este modo, este tipo de entidades jurídico-privadas ha perdido buena parte de interés para los gestores públicos y, desde luego, estas entidades no pueden asumir en su globalidad la actividad propia de la Administración de una Comunidad Autónoma.

Por ello el legislador andaluz ha optado, mediante la Ley 1/2011, por reintegrar a buena parte de dichas entidades del sector público andaluz bajo la cobertura de entidades jurídico-públicas (las llamadas agencias públicas empresariales y, en menor medida, las agencias de régimen especial). Aun cuando pudiera pensarse que mediante esta medida se lleva a cabo una «re-conquista» del Estado de Derecho, lo cierto es que se trata de tejer un traje *ad hoc*, que aúne las ventajas de la vestidura de Entidad jurídico-pública (de ser poder público), pero tratando de evitar sus inconvenientes (mediante la sujeción del Derecho Privado). Pero, además, en cierto modo, la Junta de Andalucía se comporta como ese padre bondadoso que acoge a sus hijos pródigos cuando vienen mal dadas.

Sin embargo, se plantea si esta sucesión de «empresas» (pues éste es el mecanismo aducido) ¿permite convertir a estos colectivos de empleados procedentes del sector público, seleccionados en ocasiones bajo procedimientos ignotos (pues no se conserva documentación al respecto) en «empleados públicos»? A este respecto, se ha defendido que podrán conservar la categoría –eventual o indefinida– que tenían en la entidad de procedencia, pero lo que no procede es su conversión automática en personal laboral «fijo», pues ésta es una categoría exclusiva del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, con las consecuencias que ello supone.

Pero, además, en la Ley 1/2001 y, sobre todo, en los Estatutos de las Agencias aprobados, aparece el designio a medio plazo de «descentralizar» funcionalmente en dichas agencias buena parte de la actividad que desarrolla en la actualidad la Administración (General) de la Junta de Andalucía. Este proceso de «agencialización», ya sugerido años atrás al Gobierno andaluz en plena época de bonanza económica, no puede reputarse contrario al Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, el cual no petrifica un modelo organizativo

más allá de las directrices finalistas contenidas en el mismo. Cuestión distinta es la valoración del tipo de agencia elegido por el legislador autonómico.

En efecto, mientras la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, estableció un modelo de Administración Institucional inspirado tanto en la LOFAGE (agencias administrativas y agencias públicas empresariales) como en la Ley 28/2006 de Agencias Estatales (agencias de régimen especial, con un clara apuesta por éstas), la Ley 1/2001 crea una nueva categoría de agencia pública empresarial [las del artículo 68.1.b)], que puede ser empleada para cualquier actividad, incluidas las propias de la agencias administrativas y de las agencias de régimen especial.

De entrada, al igual que sucedía con la noción de «empresa de la Junta de Andalucía» existente en el artículo 6 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, y superada por la LAJA, la noción de agencia pública empresarial también se disgrega a partir de la Ley 1/2011 en dos modelos bien diversos, lo que supone generar confusión e incertidumbre. De otro lado, si ya era artificial la distinción de tres categorías de agencias establecida por la LAJA, la adición de un cuarto género eleva aún más este artificio.

En general, consideramos que deben relativizarse las declaraciones del legislador autonómico acerca del sometimiento a Derecho Privado de una entidad pública, pues la Constitución –arts. 103, 105, 106– anuda la noción de Administración Pública a un régimen inequívocamente jurídico-público. Por tanto, la sujeción al Derecho Público o Privado de la Administración no depende tanto del voluntarismo (a veces travestismo) del legislador organizativo como de la materia de que se trata a juicio del intérprete.

Sobre las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.a), dados sus fines y configuración, debería explicitarse en la LAJA que no ejercerán en ningún caso potestades administrativas ni recibirán encomiendas de gestión que impliquen, directa o indirectamente, el ejercicio de dichas potestades.

Por su parte, las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.b) suponen una arbitrariedad del legislador autonómico, pues sus fines coinciden con los de las agencias administrativas y las agencias de régimen especial. Estas agencias, por sus fines, competencias y financiación, forman parte del núcleo del sector público administrativo y, aparentemente, su única razón de ser no es otra que eludir el estatuto funcional, lo cual estimamos contrario a la doctrina constitucional sobre preferencia del régimen funcional. Asimismo, asignar a estas agencias públicas empresariales el ejercicio (además, ordinario)

de actividades administrativas es justamente lo que el propio legislador autonómico prohíbe a las Administraciones Locales de su territorio (Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía).

De otro lado, la técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional de los funcionarios públicos se ha empleado tradicionalmente dentro de una misma Administración Pública y para mantener una cierta vinculación funcional con un órgano diferente al cual se adscribe orgánicamente la unidad de que se trate y en el que efectivamente presta sus servicios el funcionario. Por el contrario, en la doble dependencia que establece la Ley 1/2011, además del salto de una Administración (la Administración General de la Junta de Andalucía) a otra (la Agencia pública empresarial de que se trate), que podría admitirse por tratarse de una Ley, se produce una situación inversa: la unidad o puesto de trabajo de *facto* se adscribe a la Agencia. Es decir, el funcionario afectado por esta «adscripción funcional», en realidad, pasa a desempeñar sus funciones en la Agencia. En nuestra opinión, esta doble dependencia se trata de un artificio que suscita una innegable incertidumbre sobre la situación de los funcionarios afectados. Bastaría con suprimir el modelo de agencia pública empresarial del artículo 68.1.b), y transformar las entidades existentes en agencias administrativas o, en su caso, de régimen especial, adscribiendo el personal funcionario que sea preciso, tal como se viene efectuando en las agencias de régimen especial.

Finalmente, la Ley 1/2011 ha puesto sobre el tapete la eterna discusión sobre la definición material de las funciones públicas, relegada durante varios lustros de predominio de la teoría personalista de la Administración Pública. Y en este caso, con la finalidad de determinar el alcance de la reserva funcional al estatuto funcional que impone el EBEP, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía está adoptando una actitud acertada, al desenmascarar aparentes tareas de mera ejecución material como actuaciones que comportan la participación en el ejercicio de potestades administrativas.