

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **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)**

*María del Carmen Núñez Lozano*

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Huelva

*Salvador Maldonado Saavedra*

Profesor Asociado de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Huelva

#### RESUMEN:

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 ha declarado nulo el Decreto 117/1998, de 9 de junio, del Consejo de Gobierno de Andalucía, por omisión del trámite de audiencia. La sentencia considera que la modificación de los Estatutos de la Empresa de Gestión Medioambiental, SA, de la Junta de Andalucía, y la redefinición de sus posibles actividades no es indiferente para el ciudadano, ya que representa una forma de organización de la Administración para desarrollar actividades y servicios de interés general. En particular, el Tribunal advierte sobre el riesgo potencial de huida del Derecho Administrativo que entraña la creación de sociedades públicas.

#### Palabras clave:

Audiencia a los ciudadanos, empresas públicas, huida del Derecho Administrativo

#### ABSTRACT:

The Supreme Court decision of November 24, 2009 has declared invalid the Decree 117/1998 of 9 June, of the Governing Council of Andalusia, for

omission of the step of hearing. The ruling considers that the amendment of the Articles of the “Corporation of Environmental Management SA”, property of Junta de Andalucía, and the redefinition of their possible activities, is not indifferent to the citizens, as it represents a form of organization of the Administration to develop activities and services of general interest. Especially, the Court warns about the potential risk of flight of the Administrative law that the creation of public companies involves.

Key words:

Hearing to the citizens, public companies, flight of the Administrative law

## I. INTRODUCCIÓN

El Decreto 117/1998, de 9 de junio, del Consejo de Gobierno de Andalucía, modificó 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).

La Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF) interpuso contra el citado Decreto recurso contencioso-administrativo (núm. 1920 de 1998), que fue inadmitido por sentencia de 8 de abril de 2005, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA)<sup>1</sup>.

La sentencia de inadmisión fue recurrida en casación por CSI-CSIF (recurso 4035 de 2005). La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), de fecha 24 de noviembre de 2009 (Ponente Peces Morate), estimó el recurso y resolvió las cuestiones planteadas en la instancia, declarando la nulidad de pleno derecho del Decreto por falta de audiencia a los interesados y desestimando la pretensión de anulación de todos los actos dictados o realizados por la Administración de la Junta de Andalucía y EGMASA en desarrollo y ejecución del Decreto.

Son varias las cuestiones de interés que suscita la sentencia, discutible acaso en algunos de sus extremos pero, en nuestra opinión, muy valiosa porque

---

<sup>1</sup> Los casi seis años que tardó el TSJA en dilucidar la inadmisión del recurso se comentan por sí solos.

afirma que las formas organizativas de la Administración no son elementos internos o domésticos que puedan resultar indiferentes a la ciudadanía.

## II. SOBRE EGMASA Y EL DECRETO 117/1998

EGMASA fue creada a partir del Decreto 17/1989, que autorizó a la entonces Agencia de Medio Ambiente su constitución como sociedad de capital exclusivamente de la Agencia y con la previsión de que ésta mantuviera una participación constante de al menos el 51 por ciento. Su objeto social había de ser “la realización de todos aquellos trabajos y actividades relacionados con la protección, conservación, regeneración o mejora del medio ambiente, así como cualquier otra actividad que sea presupuesto, complemento, desarrollo o consecuencia de lo anterior” (art. 2). En el Decreto se le reconocía la condición de entidad colaboradora de la Agencia a los efectos de la legislación de contratos (art. 7.1).

Un año después, el Decreto 187/1990 modificó el art. 7.1 para establecer la obligación de EGMASA de ejecutar las actuaciones que le fuesen encargadas por la Agencia de acuerdo con sus competencias, así como para perfilar su condición como medio propio de la Agencia. Tras la supresión de la Agencia (Disposición Adicional Séptima de la Ley 8/1996), EGMASA pasó a depender directamente de la Consejería de Medio Ambiente.

El art. 67 de la Ley 8/1997 incidió después de manera muy significativa en el régimen de la sociedad. Su apartado 1º la caracterizó como empresa “que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo y conservación del medio ambiente”. El apartado 2ª afirmó su consideración como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, estableciendo su obligación de realizar los trabajos que le encomendasen la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos públicos dependientes de ella, así como las Corporaciones Locales andaluzas que suscribiesen a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía, naturalmente en las materias propias del objeto social de la empresa y, especialmente, aquéllos que fueren urgentes o que se ordenaren como consecuencia de situaciones de emergencia declaradas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre este particular, *vid.* REBOLLO PUIG, M, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública* núm. 161, 2003, en especial pp. 386 ss.

Finalmente, y en lo que aquí interesa, el Decreto impugnado y declarado nulo modificó el primitivo Decreto 17/1989 en lo que concierne al objeto social de EGMASA; también, conviene resaltarlo, incorporó al Decreto las previsiones de la Ley 8/1997 sobre la configuración de la sociedad como medio propio de las Administraciones Locales.

En la nueva redacción, el art. 2.1 pasó a tener el siguiente contenido:

“La Sociedad tendrá por objeto social la realización de todo tipo de trabajos, obras, estudios, informes, proyectos, dirección de obras, consultorías, asistencias técnicas y servicios relacionados con la protección, conservación, regeneración o mejora del medio ambiente, así como la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente, integrando dicho objeto las actividades de:

- A) Movimientos de tierra y perforaciones; desmontes y vaciados; explanaciones; canteras; pozos y galerías y túneles.
- B) Edificaciones; demoliciones; estructuras de fábrica u hormigón, estructuras metálicas; albañilería, revocos y revestidos; cantería y marmolería; pavimentos, solados y alicatados; aislamientos e impermeabilizaciones; carpintería de madera y metálica.
- C) Obras y trabajos hidráulicos; abastecimiento y saneamiento; canales; acequias y desagües; defensa de márgenes y encauzamientos, y obras y trabajos hidráulicos en general.
- D) Viales, caminos y pistas con firmes de mezclas bituminosas y de hormigón hidráulico, señalizaciones y balizamientos viales.
- E) Instalaciones eléctricas, alumbrados, iluminaciones y balizamientos luminosos, líneas eléctricas de transporte, distribución y centros de transformación.
- F) Instalaciones mecánicas, elevadoras y transportadoras, de ventilación, calefacción, climatización, de fontanería y sanitarias.
- G) Cimentaciones especiales, sondeos, inyecciones y pilotajes, tablestacados, ornamentos y decoraciones, viveros, jardinería y plantaciones, estaciones de tratamiento de aguas e instalaciones contra incendios.
- H) La realización de proyectos y dirección de obras referentes a las siguientes materias: Conservación de la naturaleza, forestal, desarrollo rural, cinegética, acuicultura y pesca, agricultura y ganadería, uso y gestión de recursos naturales, cartografía, geotecnia, hidrología, ecología, industria, infraestructuras medioambientales, residuos y depuración de aguas, instalaciones electrónicas, energía y minería, edificación, obras públicas, suelos y urbanismo.
- I) La realización de planes, estudios, informes, consultorías, auditorías y asesorías sociales, laborales, comerciales, económicas y financieras.
- J) El análisis, ensayo y control técnico referido a actuaciones de protección, conservación y mejora del medio ambiente.
- K) La realización de estudios y evaluaciones de impacto ambiental en el entorno natural, urbano e industrial.

L) Fomento, protección, conservación y explotación de los espacios naturales, así como la gestión de aprovechamientos de sus recursos, incluyendo todo tipo de actuaciones de prevención y extinción de incendios forestales, de lucha contra plagas, de reforestación, de conservación y mejora de suelos y de organización y comercialización de la caza y de la pesca.

M) Gestión y explotación de fincas, montes, centros forestales y bienes inmuebles.

N) La realización de las actuaciones necesarias para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias.

Ñ) El desarrollo socioeconómico integrado de los espacios naturales, incluyendo el fomento, la conservación, gestión y explotación de equipamientos educativos y turísticos, las actividades ganaderas y agrícolas asociadas a los mismos y la comercialización de sus productos.

O) La realización de planes, programas y proyectos de cooperación al desarrollo.

P) La comunicación, información y publicidad, servicios editoriales y divulgación, mediante la distribución, importación, exportación, producción y venta de todo tipo de publicaciones, materiales y medios escritos, audiovisuales e informáticos, campañas de comunicación pública, congresos, exposiciones y ferias.

Q) La formación, la educación y el ocio, esparcimiento y tiempo libre.

R) El mantenimiento y conservación de equipos, instalaciones y bienes inmuebles.

S) La investigación, desarrollo, adaptación y comercialización de nuevas técnicas, patentes, inventos, modelos industriales y equipos y sistemas de gestión, información y calidad ambiental.

T) La gestión directa o indirecta de residuos industriales, agropecuarios, forestales, sanitarios y urbanos en general, incluyendo las actividades de transporte, limpieza e higienización, así como la comercialización de los productos resultantes.

U) La fabricación y comercialización de bienes muebles de carácter medioambiental, forestal, de acuicultura, pesca y caza, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de los recursos naturales.

V) La financiación de la construcción o de la explotación de infraestructuras medioambientales o educativas y de equipamientos en espacios naturales.

Ciertamente, el Decreto 17/1989 había definido el objeto social de EGMASA en términos muy amplios y, por lo mismo, escuetos; de hecho, en la Exposición de Motivos del Decreto declarado nulo se señalaba expresamente la generalidad y falta de concreción del objeto social de EGMASA. Ahora bien, ¿modificó realmente el Decreto 117/1998 el objeto social? A juicio de CSI-CSIF –al menos tal y como se desprende del tenor literal de la sentencia– el Decreto había operado una privatización de servicios públicos, tratándose una norma que atribuía facultades y, por tanto, no de una simple norma orga-

nizativa. De la sentencia se deduce que ni EGMASA ni la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía cuestionaron el carácter innovador del Decreto en lo que al objeto social se refería. Por otra parte, en el proceso tampoco se cuestionó la naturaleza normativa del Decreto.

El carácter innovador del Decreto en lo que al objeto social concierne, y dando por supuesto ahora que fuera en este extremo una disposición de carácter general, era una cuestión interesante que hubieran podido plantear las demandadas, con resultado, es verdad, incierto. Nótese que nuestro Ordenamiento no contempla la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra disposiciones de carácter general que sean reproducción de otras anteriores no recurridas; y que se admite el recurso indirecto contra disposiciones que no hayan sido objeto de recurso directo. Pero por otra parte, la nulidad del Decreto se fundamentó, al cabo, en un vicio de procedimiento por omisión de un trámite que no sabemos si se cumplió en la tramitación del Decreto original 17/1989; de este modo, ¿hubiera resultado nulo el Decreto 117/1998 si se hubiere entendido que no modificaba el objeto social de EGMASA y en la tramitación del Decreto 17/1989 sí se hubiera cumplimentado el trámite de audiencia?

La premisa para el planteamiento de tal cuestión hubiera sido la negación, como se ha señalado, del carácter innovador del Decreto en lo que al objeto social concierne. Al respecto, el juicio sobre si el Decreto extendía o no el objeto social habría dependido de lo que se entendiese por “servicios públicos en materia medioambiental”. La sentencia que comentamos no se lo planteó frontalmente; en el FJ. 3º dio por supuesto que “el Decreto impugnado amplía el objeto social de la empresa”; y en el FJ. 6º señaló que “modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico”. Sin embargo, hubiera podido entenderse sin dificultad que la nueva expresión de 1998 —“gestión de los servicios públicos en materia medioambiental”— con la enumeración detallada de actividades, no era sino una explicitación del mismo objeto social establecido en 1989; en este sentido y llamativamente, la propia sentencia alude en el FJ. 9º a “la redefinición de las actividades que puede desarrollar EGMASA, *antes contempladas genéricamente*”<sup>3</sup>. En todo caso, la modificación del objeto social no la habría producido el Decreto 117/1998 impugnado sino la Ley 8/1997, con su equívoca referencia a “servicios esenciales en

---

<sup>3</sup> La cursiva es nuestra.

materia de desarrollo y conservación del medio ambiente”, expresiva de las actividades que pormenorizó más adelante el Decreto declarado nulo.

El análisis anterior ha dado por supuesto que el Decreto declarado nulo tenía la naturaleza de una disposición de carácter general. Ahora bien, ¿era una norma jurídica? ¿Tenía tal naturaleza? Sobre este extremo tampoco se planteó debate alguno en el litigio: si bien es cierto que en la demanda de CSI-CSIF ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a la que hemos tenido acceso, se consideró su posible naturaleza de acto administrativo, en la sentencia que comentamos sólo queda reflejada la discrepancia sobre si era una norma organizativa o tenía otro carácter. El TS, como nos consta, enjuició el Decreto en cuanto norma jurídica; en el F.J. 6º de la sentencia, en un párrafo que parcialmente se ha reproducido ya, afirma: “Consideramos nosotros que estamos claramente ante una disposición de carácter general, que innova el ordenamiento jurídico autonómico porque, como ya hemos apuntado, dicho Decreto modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico”.

Aceptando como premisa que el Decreto albergaba diversos contenidos (modificación del objeto social y definición de aspectos de su régimen jurídico), lo cierto es que la impugnación se había planteado respecto de la modificación del objeto social. Sobre este particular, puede ser interesante reparar en que se ha venido entendiendo, con carácter general, que el acuerdo que autoriza la creación de una sociedad pública, en el que queda fijado el objeto social de la misma, no es una norma jurídica<sup>4</sup>. Y en nuestra opinión, efectivamente, no lo es, con independencia de que en no pocas ocasiones los Reales Decretos o Decretos que autorizan la creación de una sociedad pública y autorizan asimismo su objeto social incorporen otros contenidos de naturaleza normativa. Siendo dudoso que éste fuere el caso del original Decreto 17/1989, la versión reformada en 1998 sí incorporaba, como acabamos de puntualizar, contenidos nor-

---

<sup>4</sup> Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (“El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional”, *Revista de Administración Pública* núm. 49, 1966, p. 315), “la creación de una empresa nacional viene a convertirse en la ejecución de un acto administrativo”. Para MONTOYA MARTÍN, E. (*Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 468 ss.) es un acto administrativo. Entiendo que ésta es también la postura de RIVERO ORTEGA, R. (*Administraciones públicas y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 72 ss), si bien el autor se centra en las garantías procedimentales de la idoneidad de la elección organizativa de Derecho Privado.

mativos, al recoger las previsiones que sobre su régimen jurídico había regulado la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros.

Esta circunstancia, unida a la confusión de perfiles que presenta EGMA-SA<sup>5</sup> y la percepción generalizada de que la Junta de Andalucía, a través de sus empresas públicas, ha creado una Administración paralela a la territorial<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> Como es sabido, las sociedades públicas no son sólo o no son siempre sujetos económicos que operan en el mercado: en no pocas ocasiones la creación de una sociedad encubre un mecanismo de traspaso de cometidos públicos al nuevo sujeto que se crea, privado en su forma y público en su sustancia. EGMASA es un buen ejemplo de ello, en cuanto que integra su objeto social la gestión de servicios públicos, gestión que evidentemente podría asumir un sujeto privado-privado, pero que en todo caso presupone una responsabilidad pública. Al mismo tiempo, EGMASA actúa o puede actuar como un operador en el mercado de bienes y servicios relacionados con su objeto social, como se desprende del art. 67 de la Ley 8/1997 que, tras regular su perfil como “medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración” (apartado 2), añade que “Egmasa podrá realizar actuaciones, trabajos, obras, asistencias técnicas, consultorías, prestación de servicios y comercialización de sus productos dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales o participadas” (apartado 6). En el Informe 13/2008, de 22 de diciembre, sobre la capacidad de EGMASA para ser medio propio instrumental de las entidades locales, emitido por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía y Hacienda, se indica que es accesoria la actividad económica desarrollada por EGMASA con otras entidades públicas y privadas en términos de libre competencia (por cierto que en dicho informe se concluye que se considera a EGMASA medio propio instrumental de las entidades locales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las que suscriba convenio de colaboración en los términos establecidos en el artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, a los efectos previstos en el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, y ello porque, como sabemos, el art. 67.2 de la Ley 8/1997 obliga a EGMASA a realizar los trabajos que le encomienden las entidades locales que hayan suscrito el convenio).

<sup>6</sup> La prensa sevillana del 4 de diciembre de 2009 se hacía eco de una recomendación del Defensor del Pueblo Andaluz, de fecha 24 de noviembre de 2009 (la misma de la sentencia que comentamos), dirigida a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, sobre la contratación de personal a través de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales. En la misma página web consultada (<http://www.abcdesevilla.es/20091204/nacional-andalucia-actualidad/chamizo-acusa-junta-crear-200912032317.html>) se recogía la suspensión cautelar de la encomienda de gestión de la Junta a la empresa Sadesi, decretada por el TSJA. Otra referencia se encuentra en la siguiente página: <http://www.adn.es/local/sevilla/20100215/NWS-2105-Grinan-Junta-privati->

propició sin duda que ni las partes demandadas ni el propio TS cuestionaran la naturaleza de la impugnación, dirigida de suyo contra un acto, no contra un reglamento. De este modo, intuitivamente pudo concluirse que la reformulación del objeto social de la misma no era sino una reorganización, por reducción, de la propia Administración territorial. Esta percepción, de ser cierta, habría obviado un factor que sin embargo destaca, a otros efectos, el propio TS en la sentencia: que la fijación del objeto social de una sociedad pública no entraña *ipso iure* la descongestión de tareas y funciones de la Administración territorial.

### III. LA LEGITIMACIÓN DE CSI–CSIF

Antes de adentrarnos en la cuestión que se acaba de apuntar, conviene dedicar nuestra atención a la legitimación que ostentaba el sindicato recurrente, discutida por las demandadas, negada por el TSJA y admitida por el TS.

Cabe anticipar que en este proceso la legitimación del recurrente revestía particular interés, pues entre los motivos del recurso contra el Decreto figuraba el de que en su tramitación se habían infringido los arts. 30 y siguientes de la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; asimismo, el recurso se había interpuesto por falta de audiencia al interesado. De esta manera, la aceptación de la legitimación del sindicato parecía prejuzgar el éxito de estas pretensiones. Como veremos más adelante, no fue esto lo que exactamente sucedió: a la postre el TS, que casó la sentencia de instancia al admitir la legitimación, no consideró que se hubiere infringido la Ley 9/1987; en cambio, por lo que respecta a la audiencia al interesado, sí estimó la concurrencia del motivo de nulidad. El fallo de la sentencia se basó en el interés que revestía el Decreto para el ciudadano y, más aún, para el colectivo de funcionarios cuyos intereses defiende el Sindicato.

El TSJA inadmitió el recurso porque el sindicato no había acreditado un interés propio cualificado o específico. En opinión del Tribunal, el Decreto se

---

[zados-servicios-empleados.html](#) (19 de febrero de 2010). Las referencias en blogs, foros y páginas diversas de internet son muy abundantes. *Vid.* también las Consideraciones del Defensor del Pueblo Andalúz 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 ([http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/otros\\_estudios/estudio\\_0003/descargas/Empresas\\_Publicas.pdf](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/otros_estudios/estudio_0003/descargas/Empresas_Publicas.pdf))

limitaba a configurar la organización interna de la Administración a través de la modificación de la configuración de EGMASA y esto, se señala en la sentencia, “ poco o nada afecta a los intereses que el Sindicato representa, porque la invocación genérica de la defensa de las atribuciones y competencias de la Administración autonómica de la que depende EGMASA, y a que el Sindicato [*sic*] tiene la condición de más representativo, se traduce en un mero interés de la legalidad y no el interés directo o específico que los arts. 29 y 32 LJCA exigen, en los términos concretados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

En el escrito de interposición del recurso de casación, CSI–CSIF argumentó que era el sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza y que el Decreto había supuesto “una merma de la cantidad y calidad del empleo público en dicha Administración, de modo que la norma impugnada afecta no sólo a la extensión del empleo público sino a también al papel de las Administraciones públicas en la sociedad por privatizarse varios ámbitos de actuación de la Administración”, lo que según criterio del sindicato afectaba directamente a sus objetivos asociativos e institucionales.

Por su parte, tanto EGMASA como la Administración de la Comunidad, en trámite de oposición al recurso, significaron la ausencia de interés legítimo afectado y pusieron el acento en el carácter organizativo del Decreto. Curiosamente, EGMASA reivindicó su carácter societario para demandar la inaplicación de la Ley 9/1987 y de la Ley 50/1997, de Gobierno, que era la aplicable en aquella fecha al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general en Andalucía; por el contrario, la Administración de la Comunidad puso de manifiesto que no había habido transferencia del sector público al privado porque EGMASA tenía carácter de Administración Pública

El TS, como nos consta, admitió la legitimación del sindicato. Tras recordar la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de los sindicatos<sup>7</sup>, y con invocación del

---

<sup>7</sup> En síntesis, afirmó: 1) que “los sindicatos tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de los afiliados, sino también de los intereses colectivos de los trabajadores en general”; 2) que “ese reconocimiento abstracto tiene su raíz en la función de los sindicatos que, desde la perspectiva constitucional, consiste en defender los intereses de los trabajadores, en este caso al servicio de la Administración y, por consiguiente, hay que reconocer en principio legitimado al sindicato en cualquier proceso en que se diriman intereses colectivos de los trabajadores”; 3) que “esa genérica legitimación abstracta debe proyectarse de un

principio *pro actione*, precisó el objeto del recurso (modificación de los estatutos de una sociedad mercantil para ampliar el objeto social con una serie de actividades que podrían ser desempeñadas directamente por la Administración) y el interés invocado por el sindicato (según la redacción de la sentencia, con el Decreto “se privatizan servicios públicos desempeñados directamente por órganos administrativos, con lo que *se desfuncionarizan* tales actividades «con merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración pública» y, además, porque, al afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios integrados en esa sociedad de capital público, el sindicato recurrente debió haber sido convocado al procedimiento para su elaboración, con mayor razón por tratarse del sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza”).

Ha de llamarse la atención sobre la delimitación del objeto del recurso que efectúa el TS: la modificación de los estatutos de una sociedad mercantil. Sin embargo, lo que CSI-CSIF recurrió fue la modificación del objeto social señalado por el Decreto que autorizó la constitución de la sociedad. Obviamente, la impugnación de la modificación de los Estatutos no hubiera llegado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ...

Todo ello le llevó a concluir que la pretensión del sindicato esgrimida en el litigio guardaba relación con su círculo de intereses, **con la defensa del empleo público**<sup>8</sup>, de manera que ostentaba “legitimación activa para promoverlo sin necesidad de prejuzgar los concretos motivos de impugnación utilizados en la demanda ... sin que el carácter organizativo de la disposición impugnada tenga relevancia para apreciar la legitimación procesal atendidos los legítimos intereses del sindicato recurrente”<sup>9</sup>.

---

modo particular sobre el objeto de las acciones que esgriman ante los jueces y tribunales mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión ejercitada, porque esa función atribuida constitucionalmente a los sindicatos no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad; 4) que “el vínculo exigible entre la actividad o fines del sindicatos y el objeto del pleito, ha de ser ponderado en cada caso, lo que en el proceso contencioso-administrativo implica la necesidad de acudir a las nociones de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado del eventual éxito de la acción entablada”.

<sup>8</sup> La negrilla es nuestra.

<sup>9</sup> La sentencia incorpora aquí la cita de la STC 7/2001, de 15 de enero, F.J. 6º).

#### IV. OBJECIONES SUSTANTIVAS PLANTEADAS Y PREVALENCIA DE LAS GARANTÍAS DE PROCEDIMIENTO

Una vez admitida la legitimación del sindicato y anulada la sentencia del TSJA, el TS procedió a resolver las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente.

Una precisión es necesaria en este momento: del Antecedente de Hecho 4º y del F.J. 6º de la sentencia se desprende que el sindicato impugnó el Decreto por incumplimiento de una serie de trámites formales en el procedimiento de su elaboración: 1) falta de negociación colectiva en la Mesa Sectorial, 2) ausencia de dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía; 3) defecto de trámite de audiencia a los interesados.

Sin embargo, en la sentencia se recogen también diversas objeciones de índole sustantiva que planteó CSI-CSIF al hilo de la justificación de su legitimación y como presupuesto de la obligatoriedad de los trámites que se habían obviado.

Así, en la sentencia se expresa que para CSI-CSIF “el Decreto impugnado ha supuesto una merma de la cantidad y calidad del empleo público” (Antecedente de Hecho 4º y F.D. 4º), que “la norma impugnada afecta no sólo a la extensión del empleo público sino a también al papel de las Administraciones públicas en la sociedad por privatizarse varios ámbitos de actuación de la Administración” (Antecedente de Hecho 4º y F.D. 1º), que el Decreto es una “norma que no se limita a configurar la organización interna de la Administración, sino que atribuye potestades administrativas a una sociedad pública, lo que no autoriza la Ley 6/1997 (Disposición Adicional 12ª), según la cual las sociedades mercantiles estatales se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado sin que puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, por lo que no se está ante una simple norma organizativa sino ante una norma que atribuye facultades” (Antecedente de Hecho 4º y F.D. 6º)<sup>10</sup>.

Estas objeciones fueron examinadas, desde luego, por el TS, que efectivamente consideró que era preciso analizar la naturaleza, contenido y alcance

---

<sup>10</sup> Se cita en este punto un informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, que a juicio del sindicato avalaría su alegación.

del Decreto antes de abordar las cuestiones referidas a los vicios formales de tramitación. Aunque a la postre no compartió las objeciones, sus pronunciamientos efectivamente sentaron las bases de su posterior argumentación y fallo sobre las pretensiones de la demanda. Veamos a continuación, pues, cuál fue la respuesta del TS a tales objeciones, articulada en torno al alcance de la modificación del objeto social de EGMASA que a juicio del TS se produjo y en torno, también, a la distribución de cometidos entre la sociedad y la Administración matriz.

Respecto de la modificación del objeto social, puntualiza la sentencia que en su nueva configuración “se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social”. Sobre este particular añadió que “dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así”, insistiendo a continuación en ello:

“El conflicto estriba en que no nos encontramos, estricta y formalmente ante una norma atributiva de competencias, debiéndose recordar que desde el punto de vista del Derecho mercantil el objeto social de la empresa constituye el giro que se pretende alcanzar, determinando las actividades que lo integran, con independencia de que finalmente dicho tráfico se materialice, y que, por tanto, las previsiones que se contemplen en el objeto social de la empresa pública no determinan necesariamente que esas actividades no puedan seguir siendo desempeñadas por la Administración de la que depende, pues, desde un prisma mercantil, la empresa sólo puede realizar aquello que esté dentro del giro o tráfico propio de su objeto social, pero el hecho de que ciertas actuaciones estén incluidas en el mismo no significa necesariamente que las desarrolle de manera que incidan en las potestades públicas”.

En este punto, la sentencia desciende al detalle y concreta las posibilidades de actuación de la Administración y de EGMASA por referencia al ejercicio de potestades:

“Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de autotutela, 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 su-

poner 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 (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá adoptar 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 la 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 atas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de estas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o 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 conservación; 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”.

Tal es el escenario que dibuja la sentencia, con un trazo que, como hemos anticipado, pretende sentar las bases del posterior pronunciamiento sobre el cumplimiento de los trámites procedimentales de elaboración del Decreto. De este modo, el TS concluirá sobre el particular analizado que “el sindicato recurrente no llega a concretar, ni menos aún probar al menos de forma indiciaria, cuáles son esos riesgos de privatización de la Administración que preconiza, de manera que sus alegaciones no dejan de ser una simple invocación genérica al riesgo de fuga o «huida del Derecho Administrativo»”. Retengamos, no obstante, esta última expresión.

En las claves en que se sitúa la sentencia –el Decreto es una norma jurídica que amplía el objeto social de EGMASA– el TS no acepta que el mismo haya producido, *per se*, el trasvase de cometidos desde la Administración Territorial a la sociedad ni, tampoco, el de potestades administrativas.

En este momento, ciertamente, el TS hubiera podido, siguiendo una línea jurisprudencial a nuestro juicio errónea pero con tradición, desestimar el recurso tras apreciar que su contenido no es contrario a Derecho. Sin embargo, no procede así; por el contrario, trae a primer plano las garantías que satisface el procedimiento de elaboración de los reglamentos y subraya, en lo que aquí nos interesa, la necesidad de respetar la garantía *ad extra* que representan la audiencia a los interesados y la motivación, “para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria”. Son éstos los términos en que se expresa la sentencia:

“Ahora bien, que el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho Público no quede acreditado no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de los órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica.

Y ello porque, como esta Sala ha señalado en otras ocasiones, las solemnidades previstas en el artículo 105 de la Constitución en los procedimientos de elaboración de los reglamentos tienen una orientación teleológica con doble proyección: una garantía *ad extra*, en la que se inscribe tanto la audiencia a los ciudadanos a través de las organizaciones que los representan como la necesidad de una motivación en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, y otra garantía interna para asegurar la legalidad y acierto, que son los informes y dictámenes preceptivos”.

En consecuencia, el TS entra a analizar los diferentes vicios de procedimiento que el sindicato había puesto de manifiesto. Veamos en primer lugar cómo desestima las pretensiones de que se declare nulo el Decreto por falta de negociación colectiva en la Mesa Sectorial y por ausencia de dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.

## V. SUPUESTOS VICIOS FORMALES DEL DECRETO IMPUGNADO

La negociación colectiva era necesaria, a juicio del sindicato, “en la consideración de que la nueva configuración de la empresa supone el vaciamiento de competencias reservadas a la Administración y el desapoderamiento de atribuciones hasta entonces reservadas a funcionarios públicos”.

El TS, como resulta fácil de adivinar, no compartió la tesis del recurrente. De nuevo, volvió a poner de manifiesto que no bastaba “con indicar que po-

tencialmente la nueva redacción de la norma supone con seguridad la privatización de servicios públicos y el desapoderamiento de potestades reservadas a los funcionarios”; y que era al recurrente al que incumbía “acreditar las concretas potestades o funciones públicas que resultarían directamente privadas a los funcionarios de carrera de la Consejería de Medio Ambiente o los puestos de trabajo que serían eliminados o modificados por aplicación de la norma impugnada”. A ello añadió la invocación de las SSTS de la misma Sala de 26 de enero de 2005 (sección Cuarta) y de 22 de mayo de 2001 (sección Tercera), en las que se había considerado “que ni la modificación de la denominación de puestos de trabajo, ni la reestructuración de departamentos administrativos, ni la regulación que no afecte a las condiciones de acceso a la función pública, o al desempeño de la misma, puede tacharse de nulidad por no haber sido sometida a previa negociación” (STS de 26 de enero de 2005); y que “las repercusiones a que la ley se refiere, generadas a consecuencia de las decisiones organizativas de las Administraciones Públicas, son aquéllas que suponen una cierta incidencia directa respecto de las condiciones de trabajo de sus empleados, pues, en otro caso, toda decisión de este género debería someterse a consulta, desde el momento en que, más o menos derivadamente, en el futuro será preciso reflejar los cambios organizativos en las plantillas funcionariales” (STS de 22 de mayo de 2001). Por todo ello, concluyó que el Decreto no modificaba las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Junta de Andalucía, “cuyo interés legítima *ad causam* la intervención del sindicato recurrente”, añadiendo además que en su caso serían las concretas encomiendas de gestión y en general las actuaciones que EGMASA desarrollase, así como las ulteriores Relaciones de Puestos de Trabajo, las que afectasen directamente a las condiciones de trabajo.

La pretensión de que se declarase el Decreto nulo de pleno derecho por ausencia de dictamen del Consejo Consultivo también fue rechazada, al considerarse que no se trataba de un reglamento ejecutivo y que su alcance organizativo no afectaba directa e inmediatamente los derechos de los administrados. A juicio del TS, era una “disposición reglamentaria de carácter autónomo y primordialmente organizativo”, que “no está cumpliendo un mandato legal sino ejercitando funciones propias; no ejecuta la Ley en los términos referidos sino que organiza sus propios servicios y funcionamiento, con independencia de que esa organización pueda afectar a los intereses de terceros”.

## VI. LA AUDIENCIA AL INTERESADO: EL RIESGO DE HUIDA SILENCIOSA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO CUALIFICADOR DEL INTERÉS A EFECTOS DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO

La sentencia examinó en el F.D. 9º el motivo de nulidad cifrado en la ausencia de audiencia a los interesados para, ahora sí, estimar su concurrencia y, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto. El TS apoyó su decisión, en muy buena medida, en el art. 105 CE, anunciando incluso en las primeras líneas del F.J. que la conclusión sobre el defecto de trámite de audiencia sería distinta “al afectarse en este caso el derecho constitucional de participación pública”.

Para la Administración, el trámite de audiencia no era necesario por tratarse de una norma organizativa; argumentó además que, en cualquier caso, sólo hubiera sido preceptivo para las Asociaciones u Organizaciones que ostentasen la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo y que no tuviesen carácter voluntario. Para el sindicato, en cambio, el trámite era necesario porque el Decreto atribuía a EGMASA facultades que implicaban el ejercicio de autoridad pública<sup>11</sup>.

Como bien recuerda la sentencia, el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, aplicable en el caso de autos en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la hoy derogada Ley 6/1983, de 14 de abril, prescribe que el trámite de audiencia es preceptivo cuando la disposición afecta a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, pudiendo evacuarse directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupan o los representan y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

---

<sup>11</sup> Lo que textualmente dice la sentencia es lo siguiente: “Frente a ello, considera éste que se ha cometido infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por el que se regula el procedimiento de elaboración de los Reglamentos, en relación con la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que impide que las sociedades mercantiles estatales puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”. Más claramente se indica en el F.J 6º de la sentencia que a juicio del sindicato el Decreto “no tiene el carácter de simple norma de organización interna administrativa sino de disposición que atribuye facultades propia de la autoridad pública y, por consiguiente, constituye una privatización de servicios públicos”

Según el TS, tal afección existía. Ha de notarse, antes de seguir avanzando en la argumentación del Tribunal, que la sentencia también recuerda la letra e) del art. 24.1 de la Ley del Gobierno, precisando en consecuencia que “el trámite de audiencia no es aplicable «a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ellas»”. Habiendo admitido que el Decreto impugnado era una norma organizativa, como ya nos consta, hubiera podido el Tribunal realizar una interpretación literal y reduccionista del precepto para, en consecuencia, desestimar en su totalidad las pretensiones del sindicato. Sin embargo, como sabemos, no fue esto lo que sucedió: el TS se limitó a transcribir parcialmente la letra e) del art. 24.1 para, a continuación, abordar el motivo de nulidad consistente en la omisión del trámite de audiencia.

La sentencia, en este punto, niega una vez más que la modificación de los estatutos de una sociedad dependiente de la Administración<sup>12</sup> suponga “materialmente el vaciamiento de potestades administrativas”; también que ello incida directa e inmediatamente en la situación de los funcionarios públicos; y aún que la distribución competencial entre diversos departamentos afecte a los intereses defendidos por el sindicato.

Pero sí considera que “existe cierto nexo entre el interés defendido por el sindicato recurrente y el contenido de la disposición impugnada”, que es el que le había atribuido la legitimación activa en el proceso, al asumir el sindicato la defensa de los intereses de los funcionarios. Por ello, razona el Tribunal, “en cuanto se afecten los «derechos e intereses legítimos» de éstos, será preciso o, al menos, conveniente el trámite de audiencia, y así hemos declarado en otras ocasiones que la cuestión del trámite de audiencia está vinculada estrechamente a la legitimación para recurrir”.

De lo anterior se desprende que el TS soslayó la presunción de no afección a derechos e intereses que sorprendentemente recoge el art. 24.1.e) de la Ley del Gobierno respecto de las disposiciones organizativas, en coherencia con la admisión previa de la legitimación del sindicato y anticipando así, en cierto modo, su fallo<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Recordemos que para el TS éste era el objeto del recurso.

<sup>13</sup> *Vid.* una crítica a la interpretación jurisprudencial del art. 130.6 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002, pp.

El interés lo cifra el TS, según se desprende de la sentencia, en el “ya examinado riesgo potencial de fuga del Derecho administrativo que tiene lugar con el Decreto objeto de recurso”. Este riesgo, a juicio del Tribunal, “aunque existiese con anterioridad a la norma impugnada, tiene su concreción en un diferente sistema de contratación administrativa, en la exclusión de gran parte de la actividad de estas empresas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, especialmente, en excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la Constitución Española establece preceptivamente para los funcionarios públicos, rigiendo un sistema de libre selección de un personal cuyas retribuciones van a ser sufragadas con el erario público<sup>14</sup>, y que a la vista del objeto societario pueden desempeñar funciones similares a las que desarrollan éstos”.

277 y 278. El autor aboga por una interpretación restrictiva del art. 24.1.e); en nuestra opinión, la interpretación restrictiva incumbe sólo y en todo caso a la Administración, no a los órganos judiciales; éstos habrán de examinar, si se plantea, la legitimación del recurrente en orden a un eventual pronunciamiento de inadmisibilidad, pero una vez reconocida la legitimación y con ella el interés del recurrente, la única opción coherente –al menos cuando el recurrente es una organización o asociación– es la de prescindir de la presunción (no por tanto interpretarla restrictivamente) para efectivamente sancionar la omisión del trámite, como vemos que sucedió en el caso que nos ocupa.

<sup>14</sup> Sobre este aspecto concreto, procede destacar cómo la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2010 (recurso 465/2009), acogiendo la doctrina ya sentada en su día por el Tribunal Supremo (por todas: SSTS. de 26 de enero de 1995 y de 16 de enero de 1998), rechaza el reconocimiento como “servicios previos”, a efectos de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de los prestados en sociedades mercantiles de capital público, dado que –y éste es el razonamiento esencial que subyace en la jurisprudencia– las sociedades mercantiles de titularidad pública no son encuadrables en la Administración Institucional. La razón última de ello, evidentemente, es que tales sociedades operan conforme al Derecho Privado y al Derecho del Trabajo (en lo atinente a su personal) y que, como acertadamente pone de relieve la sentencia que comentamos, el ingreso del personal en las sociedades públicas no está sujeto a criterios objetivos de mérito y capacidad.

En cualquier caso, los controles (escasos y *ex post*) a que se sujetan esta clase de empresas, suelen poner de manifiesto que la actuación en materia de selección de personal desde el sector público empresarial no es lo rigurosa que debiera ser. Así, por ejemplo, en el Informe de Fiscalización de Regularidad de la empresa Turismo Andaluz, SA. correspondiente a su actividad en el ejercicio 2006, la Cámara de Cuentas de Andalucía pone de manifiesto que los méritos que se señalan en los *curricula* no se acreditan suficientemente. En la auditoría de regularidad del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos del ejercicio 2007, llevada a cabo por el mencionado órgano de control externo, se destaca la incorporación a la empresa de algunos trabajadores que, sin convocatoria pública, son contratados indefinidamente. Los informes de la

Pero ¿a qué riesgo se refiere el Tribunal? ¿cuál es el riesgo potencial de fuga que incluso existía con anterioridad al propio Decreto impugnado?

Es preciso recordar que en el F.J. 6º el Tribunal había afirmado que el desapoderamiento de la Administración Territorial y de sus funcionarios, en cuanto a facultades que implicasen el ejercicio de potestades públicas, dependería de cómo se desarrollase el objeto social de EGMASA, en el cuál, “la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no ha de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así”, de manera que “depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas”. Y recordemos también que se añadía que “el sindicato no llega a concretar, ni menos aún probar al menos de forma indiciaria, cuáles son esos riesgos de privatización de la Administración que preconiza, de manera que sus alegaciones no dejan de ser una simple invocación genérica al riesgo de fuga o «huida del Derecho administrativo»”, concluyéndose, no obstante, que el que “el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho Público no quede acreditado no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de los órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica”.

De lo expuesto se desprende que el TS: 1) no prejuzga que la constitución de sociedades públicas sea en sí misma inconstitucional; 2) advierte, no obstante, un riesgo potencial de fuga del Derecho Administrativo, que se cifra en el posible vaciamiento de potestades a favor de las sociedades públicas; 3) con-

---

Cámara de Cuentas de Andalucía se pueden consultar en la siguiente página web: <http://www.ccuentas.es/camara-cuentas-informes.html>

Por otra parte, en la página <http://www.juntadeandalucia.es/temas/personas/empleo-publico/empresas-publicas.html> aparece un listado con fundaciones y empresas de la Junta de Andalucía donde se pueden consultar sus vacantes. Es muy habitual que se pueda remitir a ellas los *currícula* de los interesados (como en el sector privado). La garantía del mérito y la capacidad suele ser escasa, de existir, en esta clase de procesos selectivos.

En todo caso, hemos de subrayar que este déficit (ya crónico) de incumplimiento no sólo atañe al sector público no administrativo autonómico. En el ámbito local la situación es de mayor descapitalización de los principios de acceso al empleo público, si cabe. Como muestra citamos lo dispuesto en el vigente Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de Aguas de Huelva, SA. (BOP. de 29 de agosto de 2006), que constituye un inmejorable ejemplo de lo que acontece en la mayoría de esta clase de sociedades de mano pública.

sidera que ese riesgo potencial se concreta en el Decreto; 4) tal concreción no es en sí misma contraria a Derecho; 5) pero la efectiva aplicación del Decreto puede dar lugar al desapoderamiento de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas, lo que dependerá de cómo se desarrolle el objeto social de EGMASA.

Es esta secuencia de posibilidades la que califica el TS como “riesgo de huida silenciosa”; y es este riesgo, precisamente, el que “cualifica el interés defendido por el sindicato, y refuerza la necesidad de dar audiencia, como parte esencial de [sic] principio de participación pública, **no sólo al sindicato de funcionarios recurrente sino también al resto de entidades que defienden intereses afectados por el ámbito de actuación de la Administración demandada**”<sup>15</sup>.

En este momento, el TS entra a despejar cualquier posible objeción que pudiera plantearse sobre la intervención del sindicato en el trámite de audiencia.

Por una parte, invoca su sentencia de 1 de diciembre de 2008 para recordar que “es el propio apartado c) del art. 24 de la Ley 50/1997, el que en términos generales marca la pauta de cuáles son los ciudadanos que han de ser oídos y a través de qué organizaciones o asociaciones se instrumentará la audiencia, **y se entiende que serán en general aquellos ciudadanos cuyos intereses o derechos legítimos pueden ser perturbados o afectados por la disposición general impugnada**”<sup>16</sup>.

Por otra parte, reconoce que a veces se ha limitado la audiencia a las corporaciones de adscripción obligatoria<sup>17</sup>, pero explicando a continuación que “en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o enti-

<sup>15</sup> La negrilla es nuestra.

<sup>16</sup> La negrilla es nuestra.

<sup>17</sup> El TS cita aquí, por todas, la sentencia de 12 de octubre de 2008. La Ley del Gobierno sólo exige el reconocimiento legal de las entidades; *vid.* al respecto, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, op. cit. pp. 282 y 283; y LAVILLA RUBIRA, J. J. “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia Administrativa* núm. 1, 1998, p. 20), entre otros.

dades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma”, lo que le lleva a declarar que **“mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sustrayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente organizativa”**<sup>18</sup>.

El Tribunal apura las explicaciones centrándose directamente en la naturaleza de los sindicatos y en la función que cumplen, por relación al trámite de audiencia.

Así, y desde la premisa de que no tienen naturaleza corporativa, trae a colación su sentencia de 27 de mayo de 2002, en la que “se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el artículo 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos o intereses afectados, aún cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura”. Y con cita de abundante jurisprudencia constitucional, pone de manifiesto que la función de los sindicatos no es sólo la de representar a sus miembros a través de los esquemas de apoderamiento y de la representación de Derecho privado, sino el ejercicio de los derechos de necesario ejercicio colectivo en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo. Todo ello le lleva a concluir que “queda así clara «la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores» (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico quinto)”.

Recapitulando la argumentación del Tribunal, pueden extraerse las siguientes claves de su razonamiento: 1) mayor cautela que ha de seguirse cuando en la elaboración del reglamento no interviene ninguna instancia de participación pública; 2) finalidad del trámite de audiencia (hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación); 3) y legitimación de los sindicatos para el ejercicio de la acción colectiva.

---

<sup>18</sup> La negrilla es nuestra.

Estas claves son las que le conducirán a sostener, no ya que las mismas razones por las que se reconoce legitimación causal para accionar sirven de fundamento a la necesidad del trámite de audiencia<sup>19</sup>, sino, con mayor profundidad, que habida cuenta de “la importancia del derecho constitucional a la participación individual y colectiva consagrado en el art. 105 CE, que no puede quedar sometido a la pura discrecionalidad de la Administración ... en determinados casos excepcionales y cuando la trascendencia de la norma, **cual este caso**, pueda afectar los intereses, aún genéricos, del personal que sirve a la Administración, se hace preciso, **al menos**, la audiencia de entidades y asociaciones que, **como el sindicato recurrente**, puedan realizar alegaciones y presentar informes sobre aquello que pudiera afectar al ámbito de esos «intereses colectivos», ahora concretamente los de los funcionarios cuya protección el sindicato tiene encomendados, y a las facultades que la Constitución y la Ley les atribuye”<sup>20</sup>.

En este momento, la sentencia que comentamos experimenta un cierto giro, pues el TS adopta un tono que podría calificarse como de denuncia para traer a primer plano las críticas que viene mereciendo la huída del Derecho Administrativo, tanto por la forma en que se produce como por el riesgo de pérdida de garantías ciudadanas. Merece la pena la transcripción de sus apreciaciones:

“Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa, 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 exigencia del trámite de audiencia en la elaboración de normas como las que nos ocupa, a la vista de la finalidad constitucional de la misma, permitiría, al

<sup>19</sup> Así lo vuelve a manifestar en este pasaje concreto de la sentencia.

<sup>20</sup> Abunda en ello el TS al referir que “en la elaboración del Decreto, objeto de impugnación, hubiera sido de todo punto útil que los distintos **sindicatos**, que representan los intereses de los funcionarios públicos y en general del personal al servicio de la Administración, y **las Corporaciones profesionales, relacionadas con el objeto social de EGMASA**, hubieran podido, al menos, emitir su parecer o juicio sobre la misma, formulando alegaciones, dado el conocimiento e interés que tienen en la actividad ambiental de la Administración Pública y en el posible desapoderamiento de atribuciones de ésta”. Las negrillas de esta nota y del texto son nuestras.

menos, tener en consideración, antes de su aprobación, las alegaciones que formulen aquéllos que representen intereses afectos por el futuro de la Administración de la que dependen, **aún más si se tienen en cuenta las dificultades posteriores de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa muchos de los actos aplicativos del Decreto, que son los que podrían consumir el riesgo temido por la parte que ahora impetra el auxilio judicial**<sup>21</sup>.

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 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 con 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 o 105.c) de la Constitución, entre otros. Resulta significativo que el propio informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, obrante en el expediente administrativo, se atreva a poner de manifiesto la misma denuncia que realiza el sindicato recurrente”.

La consecuencia que extrae el TS de estas apreciaciones es la de que “ante la trascendencia de la cuestión debatida... remisiones al Derecho Privado en materias como las que nos ocupa, deben ser analizadas con rigor y cautela”, aserto éste que nosotros entendemos referido muy especialmente a la constatación de la dificultad para controlar los actos aplicativos del Decreto en sede contencioso-administrativa.

La conclusión que de todo ello extrae el TS es la de que la modificación de los Estatutos de EGMASA y la redefinición de sus posibles actividades, que antes estaban contempladas genéricamente, “aun siendo una previsión programática no atributiva directa o materialmente de competencias, **no es indiferente para el ciudadano**”<sup>22</sup> porque representa una forma de orga-

---

<sup>21</sup> La negrilla es nuestra.

<sup>22</sup> La negrilla es nuestra.

nización de la Administración para desarrollar actividades y servicios de interés general”.

Nótese, y para ello se ha resaltado el texto, que la sentencia pasa a predicar el interés de la ciudadanía, bien que matizando que menos aún era indiferente para el colectivo de funcionarios públicos, cuyos intereses defendía el sindicato. De ahí que considerase, finalmente, que, “atendida la naturaleza del trámite de audiencia, su participación era necesaria en la elaboración de la disposición general cuestionada”, por lo que su ausencia implicó la nulidad del Decreto.

## VII. APUNTES FINALES SOBRE LOS ACTOS EMANADOS EN DESARROLLO Y EJECUCIÓN DEL DECRETO Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Unas últimas cuestiones suscita la sentencia que se comenta, referentes ahora a los términos y consecuencias de la ejecución de la sentencia y a la pretensión también deducida por CSI-CSIF de que se anulasen todos los actos jurídicos dictados o realizados por la Administración territorial y EGMASA en desarrollo y ejecución del Decreto.

Dejando ahora a un lado el que la jurisdicción del TS no alcanzaba a la declaración de invalidez de los actos jurídicos de EGMASA, por tratarse de una sociedad mercantil, lo cierto es que el Tribunal desestimó esta pretensión con fundamento en el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aun advirtiendo “que dicho precepto deja a la potestad del juez o tribunal competente la anulación de aquellos actos anteriores a los efectos generales de la sentencia firme por concurrir causas o circunstancias que no sean de mera firmeza de la sentencia”. Sin posibilidad de entrar ahora en la salvedad que menciona la sentencia<sup>23</sup>, que justificaría *per se* un estudio autónomo<sup>24</sup>, sí parece conveniente subrayar que si la ampliación del objeto social se hubiera

<sup>23</sup> En cualquier caso, el TS explicó que “en el supuesto enjuiciado, no es posible atender a la pretensión anulatoria de carácter genérico formulada por el sindicato demandante, al ignorarse la naturaleza y circunstancias de esos actos anteriores dictados al amparo de la norma reglamentaria que en esta nuestra sentencia declaramos nula de pleno derecho, razón por la que tal pretensión debe ser desestimada”

<sup>24</sup> Nótese que el TS admite que sea el propio órgano judicial –no por tanto la Administración a través de sus potestades de revisión de oficio ni los afectados por los actos firmes mediante el ejercicio, en su caso, de la acción de nulidad– el que entre a considerar qué actos (distintos de

caracterizado como el contenido de un acto y no de un reglamento, no hubiera jugado, de entrada, el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción, de manera que hubiera sido factible en teoría la anulación de los actos –administrativos– que hubieran sido dictados en ejecución del Decreto, con la consiguiente dificultad añadida que presumiblemente hubiera planteado la propia ejecución de la sentencia.

No ha sido así, como acabamos de examinar. Ello no obstante, la sentencia, incluso en los términos en que se pronuncia, merece unos comentarios adicionales.

Debemos destacar que en el fallo se dice “desestimamos la pretensión de anulación de todos los actos dictados o realizados por la Administración de la Junta de Andalucía y EGMASA, en desarrollo y ejecución del Decreto que hemos declarado radicalmente nulo **antes de que esta sentencia alcance efectos generales**”<sup>25</sup>. Ello implica que los actos dictados o realizados por la Administración o por EGMASA en desarrollo y ejecución del Decreto antes de que la sentencia alcanzase efectos generales han permanecido, amparados en la presunción de validez de los actos no recurridos, ya sean administrativos o actos sujetos a Derecho Privado<sup>26</sup>. Luego entonces, los estatutos de EGMASA, aprobados lógicamente en fecha muy anterior a la sentencia, siguen existiendo y surtiendo los efectos que le son propios como acto jurídico. En nuestra opinión, probablemente no fue ésta la solución querida por el propio TS, que como sabemos había fijado como objeto del recurso –incorrectamente a nuestro juicio– la modificación de los Estatutos. El fallo de la sentencia, sin embargo, no deja lugar a dudas: la invalidez se predica sólo del Decreto, que no aprobó los Estatutos ni modificó los mismos.

Por otra parte, aun cuando la ejecución de la sentencia se ciña, como es lógico, al Decreto y no a los Estatutos, su efecto será el de revivir el anterior Decreto 17/1989, de 7 de febrero, con la modificación efectuada por el De-

---

las sanciones aún no ejecutadas completamente) deben permanecer y cuáles desaparecer. Sobre los actos dictados en aplicación del reglamento anulado, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G. *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 332 ss.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, pp. 394 ss.

<sup>25</sup> La negrilla es nuestra.

<sup>26</sup> Es preciso llamar la atención, una vez más, acerca de que el Tribunal Supremo no cuestionó su falta de jurisdicción sobre los actos de EGMASA. Es en esta clave en la que se sitúa en este momento nuestro comentario.

creto 187/1990. Por ello, y en la medida en que, como es natural, el art. 67 de la Ley 8/1997 no ha resultado afectado por el proceso, poca trascendencia práctica parece que habrá de tener la sentencia que comentamos en lo que al funcionamiento de EGMASA se refiere.

## VIII. VALORACIÓN

En nuestra opinión, la sentencia que se ha analizado es muy significativa y, aunque de ello quizás no sea consciente el mismo TS, es finalmente fruto de un conjunto de interpretaciones, no todas pacíficas y más o menos discutibles algunas, que, unidas todas ellas, propiciaron que se alcanzara la nulidad del Decreto: así, la consideración reglamentaria del Decreto, el entendimiento de que éste modifica el objeto social de EGMASA (sus Estatutos según la sentencia), el reconocimiento de la legitimación del sindicato con apoyo en la relación existente entre el Decreto y el empleo público, el rechazo implícito de la presunción de no afección a intereses de una disposición organizativa, la superación del obstáculo que podría suponer el carácter voluntario de la sindicación mediante la puesta en valor de la representación colectiva que asumen los sindicatos ...

La Junta de Andalucía ha subrayado –en un comunicado del que se hacen eco los medios de información y los sectores interesados pero al que no hemos tenido acceso<sup>27</sup>– que tan sólo se ha tratado de un defecto de forma, que no se ha declarado que la actuación de EGMASA sea ilegal y que la sentencia no tiene efectos prácticos de relevancia.

Ciertamente, el fallo de la sentencia y su ejecución no paralizan la actividad de EGMASA por las razones expuestas. Mucho nos tememos, en consecuencia, que tardaremos en ver modificado nuevamente el Decreto 187/1990 al ser la Junta de Andalucía consciente de que la sentencia no es obstáculo para que EGMASA siga realizando su actividad al amparo, ahora, de un Decreto que define su objeto social en términos más imprecisos.

Pero todo eso –inevitable porque a la postre, como señalamos en las primeras páginas de este comentario, el Decreto no amplió realmente el objeto social de EGMASA– acaso sea lo de menos<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> <http://www.abcdesevilla.es/20100326/nacional-andalucia-actualidad/junta-minimiza-fallo-supremo-201003260139.html>

<sup>28</sup> Con posterioridad a la finalización de este estudio, el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, ha previsto la extinción de EGMASA y la subrogación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua

Nos parece de mayor interés destacar que el TS ha sabido apreciar la finalidad del trámite de audiencia y su funcionalidad<sup>29</sup>, así como la necesidad de extremar el rigor de su exigencia en determinadas circunstancias.

En este caso concreto, fue en parte una valoración de determinados riesgos lo que llevó al Tribunal a declarar la nulidad del Decreto por omisión del trámite de audiencia: el riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo, fraccionado a su vez en el riesgo de producirse un vaciamiento de potestades y en el riesgo –realidad más bien– de resultar inviable más adelante el recurso a la Jurisdicción Contencioso–Administrativa. Obviamente, queda en el terreno de las hipótesis la cuestión de si la sentencia hubiera declarado la nulidad del Decreto por falta de audiencia a CSI–CSIF si el trámite se hubiera efectivamente evacuado respecto de otro sujeto. Y queda, para el fuero interno del TS y a tenor de los párrafos en que se refiere a la huída del Derecho Administrativo mediante la creación de sociedades públicas, si el trámite del que no se debió prescindir fue el de información pública.

## IX. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASTELLÀ ANDREU, J. M. *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs, Barcelona, 2001.

DOMÉNECH PASCUAL, G. *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. “El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional”, *Revista de Administración Pública* núm. 49, 1966

---

de Andalucía en todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular EG-MASA, desde la entrada en vigor de los Estatutos de la Agencia (art. 24).

<sup>29</sup> Vid. REBOLLO PUIG, M. “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988, pp. 117 ss. CASTELLÀ ANDREU, J. M. *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs, Barcelona 2001, pp. 460 ss.; VILLAR ROJAS, F. J. “Los límites del Reglamento”, *Hacienda Canaria: Foro sobre el desarrollo reglamentario del Régimen Económico y Fiscal*, núm. 20, 2007, p. 373.

- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002.
- LAVILLA RUBIRA, J. J. “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia Administrativa* núm. 1, 1998.
- MONTOYA MARTÍN, E. *Las empresa públicas sometidas al derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996
- REBOLLO PUIG, M, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública* núm. 161, 2003.
- “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988
- RIVERO ORTEGA, R. *Administraciones públicas y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- VILLAR ROJAS, F. J. “Los límites del Reglamento”, *Hacienda Canaria: Foro sobre el desarrollo reglamentario del Régimen Económico y Fiscal*, núm. 20, 2007.