

Una reforma del Sector Público de la Administración Andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del Gasto Público como principios inspiradores

José Ortiz Mallol

Doctor en Derecho. Letrado de la Junta de Andalucía

El presente artículo analiza la reordenación del sector público iniciada en la Junta de Andalucía por el Decreto-Ley 5/2010¹, haciendo especial hincapié en las motivaciones de la misma y los principales hitos que permiten hablar de una verdadera reforma estructural de la Administración andaluza. La importancia de la reforma operada merece, desde nuestro punto de vista, una serena aproximación a la misma. Con la intención de ofrecer una visión que ayude a enriquecer su debate desde una perspectiva jurídica, se ofrecen al lector las siguientes ideas.

Primero. De la urgencia en la adopción de medidas de reordenación

Como máxima, la reordenación que se hubiera de operar en el sector público andaluz en este contexto de crisis económica y financiera debía –necesariamente– cumplir objetivos de control del gasto público. En su Exposición de motivos, ya el Decreto Ley 5/2010 aludía al Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010, aprobando la modificación del Acuerdo Marco de 22 de mayo, resaltando la necesidad de avanzar en el com-

¹ Este Decreto-Ley, se complementa mediante el el Decreto-Ley 6/2010, aprobado como proyecto de ley en sesión plenaria del Parlamento de Andalucía los días 16 y 17 de febrero de 2011. Sin perjuicio de las sucesivas mejoras que recibe, primero, a través de su tramitación como Decreto Ley 6/2010 y en segundo lugar, como proyecto de ley (esencialmente, en relación con los aspectos relativos a la integración del personal de las entidades privadas suprimidas en las agencias públicas resultantes), permanece incólume el núcleo de la reforma operada en lo que a efectos de este artículo corresponde.

promiso de control del gasto y utilizar la reestructuración del sector público con tal finalidad, avanzando al tiempo hacia la mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos.

Como decimos, es indicativo que la propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley 5/2010 situara la finalidad a conseguir como un paso más en la senda marcada por otras acciones gubernativas entre las que cita “*la reorganización de diecisiete centros directivos de las distintas Consejerías y... la supresión de dos Consejerías mediante Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías*”. Por lo tanto, nos encontramos con un proceso a gran escala de reformulación de la Administración de la Junta de Andalucía, el que ya se habían adoptado medidas de contención del gasto en forma de supresión de estructuras de la Administración General, tanto Consejerías como centros directivos de otras tantas sobrevivientes a la reducción de aquéllas. Sin embargo, el esfuerzo de contención del gasto público que era inherente a este adelgazamiento de la Administración General, debía ser acompañado por otro análogo en el campo de las entidades instrumentales andaluzas. Tal necesidad aparece reafirmada desde el momento en que es un compromiso andaluz con el resto de Comunidades Autónomas y con la Administración General del Estado, en una posición institucional que –a su vez– pasa por el compromiso estatal en el entorno internacional, con el objetivo de que el déficit del conjunto de las Administraciones Públicas si situase en el 3% del PIB para el año 2013.

Más allá de las bondades de toda reordenación institucional en términos de eficacia y eficiencia en su propio funcionamiento, la causa detonante de esta concreta reordenación entronca con “*la situación de inestabilidad financiera observada en los mercados estos últimos meses*”, la cual “*obligó, asimismo, a adelantar la reducción de los objetivos de déficit y a adoptar medidas adicionales de consolidación fiscal al objeto de restaurar el nivel de confianza y reforzar el compromiso del conjunto del Estado con la reconducción de los desequilibrios fiscales*”. De manera quizás un tanto críptica, la Exposición de Motivos indicaba las más concretas razones de la urgencia en la adopción de las medidas de reordenación que se abordaban: en el momento en que se produce el Decreto-Ley 5/2010, las medidas de control del gasto adoptadas debían ir acompañadas de otras que dieran la mayor credibilidad a la apuesta por la austeridad en el gasto corriente, para así incidir positivamente en la confianza en la economía andaluza, objetivo de gran importancia en un momento de reducción de los ingresos provenientes de recursos tributarios.

El mensaje, era nítido: se acometía la reducción del gasto público desde medidas coyunturales, pero también desde medidas estructurales, que son las que permiten ofrecer la confianza de que el esfuerzo realizado mantendría en

el tiempo las ventajas adquiridas en términos de eficiencia en el empleo de los recursos públicos². Toda esta idea es la que gobierna la reordenación operada, incluso en la propia estructura del Decreto-Ley 5/2010 que se mantiene en texto finalmente aprobado como proyecto de ley.

El Capítulo primero lleva por título “*Normas generales de organización*” e incluye la modificación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este primer Capítulo tiene la esencia de reforma estructural a la que nos referíamos, de tal modo que no se limita a la realización de medidas coyunturales en entidades instrumentales, sino que se aborda la modificación del marco normativo con la creación de nuevas instituciones que den soporte en el tiempo a las concretas medidas de reordenación del Capítulo II.

Con ello, el nuevo marco normativo incorpora medidas que afectan directamente a la consecución del objetivo de reducción del gasto público. Entre otras posibles, llamamos la atención sobre las siguientes. En primer lugar, el Decreto-Ley supuso una “vuelta al Derecho Administrativo”, lo que fortalece la consideración de las nuevas Agencias como Administración Pública. Con posterioridad profundizaremos en esta idea, pero baste decir ahora que el ejercicio de prerrogativas en la ejecución del contrato necesariamente supone ventajas de índole económica para el erario público. La posibilidad de interpretar, modificar y extinguir el contrato en sede administrativa (sin tener que acudir al mutuo consentimiento con el contratista o, en su defecto, a la jurisdicción Civil) ofrece sin lugar a dudas estos réditos económicos, cuanto menos, de ejecución presupuestaria, dada la ejecutoriedad de los actos administrativos que contrastan con el tiempo medio de obtención de sentencia en sede civil. En segundo lugar, la modificación de la Ley de Patrimonio sujetando a la decisión de la Consejería de Economía la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado es, en sí misma, una medida de control del gasto público de enorme trascendencia al residenciar en un único centro –precisamente, el responsable de diseñar la política económica– la decisión de financiar con fondos públicos, vía adquisición de capital, entidades privadas³.

² En el Consejo de Política Fiscal y Financiera del 24 de noviembre de 2010 se constató la corrección de las medidas que, en su conjunto, Andalucía había desarrollado, permitiendo augurar el cumplimiento del objetivo de endeudamiento regional autorizado

³ Asimismo, debemos resaltar la inclusión en la Ley patrimonial una expresa habilitación para la enajenación de bienes patrimoniales con reserva del uso de los mismos. Esta fórmula obedecía a la necesidad de contar con ingresos adicionales que se obtendrían mediante una especial colaboración público-privada consistente en la adquisición del dominio de bienes patrimoniales

El capítulo segundo se dedica a las “*Medidas sectoriales de organización*”, conteniendo la reordenación en diferentes ámbitos sectoriales, dedicando a cada uno de ellos la correspondiente sección, y así, en el sistema andaluz del conocimiento, en el de la obra pública, en materia de empleo, en el sector sanitario, en el sector agrícola y pesquero, en el de servicios sociales, en materia de cultura, en el de medio ambiente y el agua. La nota que caracterizaba el común de estas medidas sectoriales es la extinción de las entidades instrumentales de naturaleza jurídico-privada preexistentes (sociedades anónimas y fundaciones de mano pública) y su inclusión en agencias públicas sometidas al derecho administrativo, ora en su categoría de agencias de régimen especial, ora en la nueva categoría de agencias públicas empresariales de régimen administrativo.

Estas medidas sectoriales habían de ser consideradas en una acción de gobierno a la que concurre el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprobó el correspondiente Plan de reordenación del sector público (de la misma fecha que la aprobación del Decreto 5/2010 para su ratificación parlamentaria como Decreto-Ley), documento que presenta la hoja de ruta de la reordenación, incluyendo especialmente la de aquellos actos que, por su propia naturaleza jurídica, no eran del ámbito competencial del Decreto-Ley. En su conjunto, ambas iniciativas gubernativas suponían una muy significativa reducción del número de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, así como la reordenación de otras tantas en agencias públicas.

¿Qué aportan estas medidas de reordenación al control de gasto público? Dos tipos de ahorro. En manera inmediata, uno directo en la medida en que toda reducción del número de entidades supone la consiguiente disminución de cargos directivos, sobre el supuesto de que la reordenación no tenía por objeto la destrucción de empleo público sino –de contrario– su fortalecimiento, según expresamente declaraba la Exposición de Motivos del Acuerdo del Consejo de Gobierno⁴. Esta disminución de cargos directivos habría de suponer la vuelta al puesto de trabajo de plantilla en la misma entidad de que fuera títu-

(edificios de oficinas, que pasan a ser patrimoniales y alienables por decisión del Consejo de Gobierno, según la misma modificación legal) permaneciendo la administración autonómica en el uso de los mismos. Se consigue, de esta forma, una forma de financiación diferida en el tiempo, lo que permite hacer frente a necesidades de tesorería coyunturales, sin que se pierda la ventaja organizativa de la ubicación de las sedes administrativas en edificios idóneos.

⁴ Evidentemente, entendemos por tal el empleo en forma de contratos fijos o definitivos. Los contratos temporales, por definición, quedan sujetos al plazo o al cumplimiento de la finalidad que los motivó.

lar el alto cargo (supuesto ordinario, dado el índice de profesionalidad de estas entidades) o su desvinculación personal del sector público, en caso contrario.

Pero, de manera mediata, el ahorro es mayor: la reagrupación de entidades sin destrucción de empleo público necesariamente lleva a economías de escala al disponer de mayor número de trabajadores para acometer las mismas funciones, lo cual permitiría –con criterios y mecanismos de eficacia al orden del día en la práctica empresarial– destinar parte de esos empleados a nuevas necesidades, o a otras ya existentes que venían externalizándose por falta de suficiente personal. En realidad, este proceso de reagrupamiento –lejos de privatizar– publica la actividad al permitir abordar con recursos propios (y no privados de mercado) fines de estas entidades. Como fácilmente puede comprenderse, estas economías de escala operan asimismo en otros capítulos financieros importantes como son los de contratación de bienes y servicios y el que concierne en general al gasto corriente. La contratación agrupada de bienes y servicios permite obtener las mismas prestaciones contractuales con menor precio, en la medida en que las empresas proveedoras asimismo reducen costes por unidad cuanto mayor es el contrato del que resultan adjudicatarias. En idéntico sentido, el gasto en sedes (alquiler, mantenimiento) y suministros se reduce cuando se agrupan diversas entidades en una misma y se acomete una reordenación de los espacios con criterios de eficacia y eficiencia⁵.

En suma, la reordenación del sector público debe entenderse como respuesta a un momento de crisis financiera y económica que requería de los mayores esfuerzos de contención del gasto público, con medidas de carácter coyuntural acompañadas de otras de índole estructural que permitieran mantener en el tiempo los resultados obtenidos con las primeras. Con la reforma operada, evidentemente, se gana en eficacia, en eficiencia, a la vez que en seguri-

⁵ Aunque no sea materia directa de este artículo, no viene mal significar cómo el espíritu reformista en atención a las necesidades financieras justificó la inclusión de un Capítulo Tercero dedicado a la dinamización del patrimonio agrario, con la correspondiente incidencia en la permanencia de las estructuras orgánicas dedicadas a su gestión. Bien es cierto que estas medidas –esencialmente, de acceso a la propiedad de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria– podrían haberse acometido en otro momento, anterior o posterior a esta reforma del sector público. Pero es más cierto que su inclusión en esta norma era absolutamente coherente con el leiv motiv de la misma: la necesidad, en tiempos de crisis financiera, de incorporar fondos distintos de los de naturaleza tributaria, sin perjuicio del impulso a la economía privada (en un sector vital en Andalucía) que supone todo proceso de adquisición de la propiedad de la tierra por los agricultores que la explotan.

dad jurídica y garantías para los ciudadanos derivadas de la “vuelta al derecho administrativo”. Pero, con ello, la razón económica debe ser tenida en cuenta en todo momento.

Segundo. Del entorno normativo y de la caracterización de la Administración instrumental andaluza

La realidad administrativa andaluza sobre la que recae esta reordenación venía determinada por los siguientes parámetros: ante todo, desde un punto de vista normativo, por la vigencia de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), ley pendiente de desarrollo en su ejecución en tanto que su Disposición Transitoria única disponía el deber de adaptación de las entidades preexistentes a su nuevo esquema organizativo⁶.

No podemos olvidar que la propia LAJA nació en un momento normativo en el que asimismo nacen otras dos normas, esta vez estatales, que habrían de condicionarla, entre otros ámbitos y de manera esencial, en su regulación de la Administración instrumental⁷. Nos referimos a la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 30 de octubre de 2007 y al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Como se observa, éste muy próximo y previo a la aprobación de la LAJA y aquella inmediatamente posterior a la misma. Estas dos leyes estatales crearon un marco que obligaba a reconsiderar aspectos esenciales de la organización administrativa, por cuanto que se incidía en la naturaleza jurídica de los contratos que se celebrasen por determinadas entidades instrumentales y en asuntos que deberían quedar reservados a funcionarios públicos. El desarrollo de una y otra cuestión compondrá la sustancia de posteriores apartados de este artículo, pero baste poner de manifiesto en esta introducción cómo una ley –la LAJA– que

⁶ El apartado 1 de la misma dice, “*Los organismos autónomos y las entidades de Derecho Público existentes a que hacen referencia los artículos 4 y 6.1.b, respectivamente, de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor de esta Ley hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma. Los consorcios existentes a que se refiere el artículo 12 de esta Ley se seguirán rigiendo por lo establecido para estas entidades en el artículo 6 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás normativa vigente de aplicación a la entrada en vigor de esta Ley hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma. En el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigor de esta Ley deberá haber concluido el proceso de adecuación*”.

⁷ El término de Administración “instrumental” aparece ya en la Exposición de motivos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, cuando califica a estas entidades como *instrumentos adecuados* para llevar a cabo la descentralización.

tiene por objeto estructurar la Administración de la Junta de Andalucía (y en ella, la Administración instrumental) necesariamente tendría que tener en consideración dos aspectos fundamentales para acometer esta tarea.

En efecto, por lo que respecta a lo primero, hay que tener en cuenta que históricamente, el nacimiento de fórmulas personificadas instrumentales nace y se desarrolla ligado a la ejecución presupuestaria⁸, siendo –por definición– estas entidades, esencialmente centros de contratación de obras, bienes o servicios. De manera exponencial en el común de Administraciones Públicas, la ejecución presupuestaria a través de las entidades instrumentales en España ha ganado peso, desde los orígenes de las mismas en los albores del siglo XX. Es por ello que cualquier decisión sobre la naturaleza de los contratos que celebren, cobra el carácter de “asunto de Estado”.

Por otro lado, el personal de las entidades instrumentales predominantemente tiene naturaleza laboral, en determinadas ocasiones por la propia naturaleza jurídica de la entidad instrumental (societaria, fundacional) y en otras como fórmula característica y no necesaria de su propia organización (entidades públicas empresariales, en una denominación genérica). De ahí que cualquier posicionamiento sobre qué actuaciones, actos o actividades –en suma, qué asuntos– quedan reservados a funcionarios, determina la razón de ser de las propias entidades instrumentales.

Junto a estas consideraciones de índole normativa, aparece un segundo punto de reflexión, dado por las dimensiones y perfiles de la Administración instrumental de la Junta de Andalucía. El juicio acerca de la dimensión de esta Administración⁹ puede atender a múltiples enfoques, alguno de ellos no

⁸ Incluso hoy día, esta razón de ser se explicita en exposiciones de motivos como la que inicia la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, cuando dice que “...en los últimos años, se han buscado soluciones estructurales para intentar solventar problemas de gestión, fundamentalmente de naturaleza presupuestaria...”.

⁹ Absolutamente inapropiado el calificativo de “paralela” cuando usa con el fin de desprestigiar al entramado organizativo. Por definición, dos líneas paralelas nunca se encuentran, se desarrollan inconexas hasta el infinito. Por definición, también, la Administración instrumental está creada, planificada, administrada y controlada por la Administración General, de tal forma que su nacimiento acaece por Acuerdo, Decreto del Gobierno o por Ley; sus órganos rectores están compuestos por cargos institucionales de la matriz; la financiación está íntimamente relacionada con las partidas presupuestarias y su control es múltiple, tanto desde la esfera gubernativa (a través de la fiscalización por la Intervención General), de la parlamentaria (mediante la Cámara de Cuentas) como desde ámbitos de control sectoriales (Registro Mercantil). Por consiguiente, en absoluto estas entidades tienen una vida propia, ajena a la Administración General de la que dependen.

siempre rigurosos en su articulación. La dimensión de toda Administración instrumental debe ponerse en relación con su grado de eficacia y eficiencia, y éstas vienen determinadas por el tipo de prestaciones que realiza y su traslación territorial y poblacional.

En el caso de la Administración andaluza, el modelo político sobre el que se ha basado la acción de gobierno desde los primeros pasos del autogobierno ha pivotado en la prestación generalizada de servicios públicos y en la dotación de infraestructuras que vertebraran el territorio. En cuanto a lo primero, la población andaluza, por volumen y niveles de renta, requería de una acción que resueltamente permitiera el acceso a los servicios públicos de amplias franjas de la ciudadanía. A ello se suma que el avance experimentado por la propia sociedad andaluza en el ejercicio de autogobierno ha supuesto la universalización de servicios públicos para la satisfacción de derechos de segunda y tercera generación. Todo lo cual supone, per se, contar con un aparato prestacional que, tradicionalmente en el común de Administraciones, deriva a la creación de entidades instrumentales que, en parte, enjuguen dichas nuevas necesidades de personal y estructura.

En segundo lugar, el secular déficit de infraestructuras y equipamientos con que Andalucía contaba, llamaba a un esfuerzo inversor para corregir tal carencia, lastre para el desarrollo social y económico andaluz. La adecuada aplicación de fondos estatales y europeos, sumada a las inversiones autofinanciadas, ha transformado el panorama de Andalucía, en una acción que se ha servido de fórmulas instrumentales, a semejanza de lo hecho por otras Comunidades Autónomas¹⁰, para poder emplear convenientemente y en plazo dichos fondos finalistas.

El caso es que el conjunto de las políticas desarrolladas en Andalucía desde la puesta en marcha de la autonomía, ha necesitado de estructuras administrativas que complementaran la de la Administración General de la propia Junta de Andalucía. Y en ello no es baladí considerar que la extensión territo-

¹⁰ Especialmente, en el terreno de las infraestructuras, es tradicional la creación de entidades instrumentales, tanto por el Estado como por las diferentes autonomías, y así a las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado o el Ente Público Aeropuertos Nacionales se suman las empresas autonómicas de infraestructuras GISA (catalana), GICALSA (Castilla-León), ARPEGIO (Madrid), GIASA (Andalucía) GISVEXSA (Extremadura), entre otras tantas, en un fenómeno estudiado –entre otros– por Galán Vioque en “Obras Públicas de interés general”, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004.

rial de Andalucía y la distribución poblacional de la misma –vertebrada sobre el paradigma de las “ciudades medias”– eran factores que apuntaban a este modelo. A partir de estos mimbres, cuantitativamente, la dimensión de la Administración instrumental andaluza no era, en el momento en que se produce la reordenación que analizamos, ni mucho menos, extravagante –consideremos como escenario el inventario de entidades del sector público que realiza el Ministerio de Economía y Hacienda¹¹– máxime en una comparación ponderada con otras Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, lo cierto es que el sistema precedente a la reforma operada contenía un vacío de control, a subsanar en momentos en los que se tiende al control del gasto público. Nos referimos a la adquisición de acciones, par-

¹¹ Consecuencia de los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10 de abril de 2003 (publicados mediante Orden HAC/2283/2003, de 31 de julio. En el ámbito local, cfr. RD 1463/2007, de 12 de diciembre) y actualizado permanentemente; en la actualidad, la web del MEH ofrece un último informe a fecha de 1 de julio de 2010. La referencia debe –sin embargo y a efectos de este estudio– realizarse con importantes correcciones, entre las cuales necesariamente se ha de presentar la que concierne a la consideración de entidad instrumental, que conlleva per se la exclusión de la propia Administración General (incluyendo las Universidades Públicas como forma específica de organización con autonomía reconocida constitucionalmente, así como las entidades dependientes de las mismas) y de los consorcios, por ser éstos fórmulas asociativas con peculiaridades que los excluyen incluso del propio Título de la LAJA dedicado a la Administración instrumental: su regulación se contiene en el Título I, precisamente en un Capítulo que se dedica a los “instrumentos de colaboración con otras Administraciones Públicas” –art. 12–. De manera similar, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado no se incluyen en la tipología que crea el Título III, “organismos públicos”, siendo en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común donde se regulan como técnica de relación interadministrativa. Es importante conocer que –según datos del propio Inventario del MEH– las corporaciones locales participan en el 86,6 de los consorcios en los que son parte las comunidades autónomas.

Aprovechamos la referencia a este Inventario para volver a insistir en el importantísimo contenido economicista de esta cuestión: en el punto 7.1 (en la actualización a 1 de julio de 2010) del Documento “Inventario de Entes dependientes de las Comunidades Autónomas” (D.G. de Coordinación Financiera con las CC.AA. y con las EE.LL), se indica que “*La relación entre el inventario de entes y el RD–Leg. 2/2007, por el que se aprueba el TR de la Ley General Presupuestaria nace de los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10 de abril de 2003, que configuran el inventario de entes dependientes de las Comunidades Autónomas como pieza clave para la correcta determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, hecho que, tal y como se señala en dichos acuerdos, “exige que se suministre al Ministerio de Hacienda la debida información a efectos de clasificar las entidades autonómicas de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales y los criterios adoptados por los órganos competentes europeos para la interpretación de éstas”.*

ticipaciones de capital o similares que den lugar a una posición no mayoritaria. Habida cuenta la carencia de una autorización común a toda adquisición de cuota o participación, la determinación de emplear fondos públicos en tales fines, en el sistema existente en el momento en que se opera la reordenación del sector público andaluz, no se hacía depender de manera directa de una misma autoridad en todos los casos, lo cual impedía asegurar la mayor coherencia en la toma de estas decisiones. Para corregir tal estado de cosas, el legislador acude a la modificación (art. 82) de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía: el nuevo régimen distinguirá entre la adquisición de la condición de partícipe mayoritario, directa o indirectamente (en cuyo caso se requerirá autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería competente por razón del objeto de la entidad y previo informe de las Consejerías con competencias en materia de Economía y de Hacienda) y la adquisición no mayoritaria en entidades de derecho privado, que pasa a necesitar de la autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía, con comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda. En cualquier caso, en los supuestos en que la participación se realice en el campo de actuación de una entidad dependiente de la Comunidad Autónoma, será de aplicación el mismo régimen, aunque la competencia para autorizar gastos corresponderá al órgano que la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía establezca.

La solución supone abordar —de raíz— el problema. Entendemos que las implicaciones económicas que conlleva toda adquisición de cuotas o participaciones en empresas debe ser la razón que guíe la decisión gubernativa. Es por ello que ubicar dicha autorización en el Departamento competente en materia de Economía resulta congruente con las responsabilidades que son propias de esta Consejería. La existencia de políticas sectoriales, con intereses particulares, debe ceder necesariamente ante la necesidad de coordinar estos intereses desde una dirección única, en sede de Consejo de Gobierno, pues es el Ejecutivo quien tiene la competencia de autoorganización, pero también la de resolver sobre las líneas directrices de política económica, en sus diferentes manifestaciones, entre ellas, la de fomento o la financiera.

Por lo que respecta a la caracterización de dicha Administración instrumental, en Andalucía se había utilizado tanto la forma de personificación pública como privada, en este caso ora mediante sociedades mercantiles (anónimas) ora mediante fundaciones. En particular, la forma jurídico privada era utilizada en determinados ámbitos de importancia como las infraestructuras (la mercantil GIASA), la prestación de servicios medioambientales (EGMASA, asimismo, sociedad anónima) y agrícolas (DAP, ídem), la prestación de servicios

relacionados con el empleo (la fundación FAFE) y de políticas de igualdad (las fundaciones FASS, FADAIS)¹².

Al igual que en relación con el número de entidades participadas, el problema esencial de la tipología de las mismas venía del vacío normativo existente sobre la creación o participación en entidades no expresamente previstas en la normativa reguladora. La reordenación acometida se aplica a dar solución a esta laguna mediante la modificación del art. 52 LAJA, añadiendo un nuevo apartado que hace depender de la autorización del Consejo de Gobierno la decisión de participar en cualquier entidad distinta de las previstas en la legislación sectorial o en aquélla, tanto se produzca esta participación por la propia administración general como cuando son las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, las protagonistas. Podría decirse que se opta de manera decidida por una razón sustantiva y no puramente formal: en verdad, que radique en el Ejecutivo la decisión de actuar a través de entidades instrumentales no puede depender de cuestiones puramente nominativas.

Tanto en uno como en otro extremo (el número de entidades participadas y su forma) se evidencia la necesidad atendida de recuperar para el Ejecutivo la decisión de participar en el capital de entidades, ya sea con una finalidad instrumental o de mera participación financiera. Mas no queda aquí esta potenciación del Consejo de Gobierno en relación con el diseño esencial de la administración instrumental. Llamamos la atención sobre la modificación de los arts. 56 y 59 LAJA que ubican en esta sede la decisión de adscripción de las agencias administrativas y públicas empresariales a una o varias Consejerías o a una agencia, así como la de modificar o refundir las agencias por razones de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aun cuando suponga alteración de sus fines o del tipo de entidad.

Según se observa, se produce una deslegalización de determinados extremos que, en puridad, son de mero autogobierno, expresión simple de la potestad de autoorganización. A nuestra opinión, es acertado enfoque, por cuanto el elemento de la personalidad jurídica no debe tener un peso tal que lleve al extremo de requerir la intervención del Parlamento cuando de organizar la pue-

¹² Un estudio particularizado de las mismas, en “La Administración instrumental: el objeto social en las sociedades mercantiles públicas de la Junta de Andalucía”, Fernández Luque (Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010).

ta en marcha del programa político se trata. Corresponde al Presidente del Gobierno la responsabilidad de cumplir el programa con el que se somete a la investidura parlamentaria y debe quedar en su ámbito de decisión la forma más adecuada para ello, disponiendo la organización tanto del Consejo de Gobierno (como máxima expresión del poder ejecutivo) en el número y distribución de competencias entre las diversas Consejerías, como –en el seno ya del Consejo de Gobierno– disponer el cumplimiento de estos fines a través de entidades instrumentales. Como es natural, el hecho de situar estos actos en sede del poder ejecutivo (ora en actos, ora en disposiciones de carácter general) acentúa su control jurisdiccional por cualquier interesado, en la medida en que permite la impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tercero. De las relaciones de colaboración entre la Administración Pública y la sociedad civil

La férrea muralla que conceptualmente separaba a la actividad pública de la que desarrolla la sociedad civil hace tiempo que venía sufriendo los ataques propios del progreso social y económico. En el entorno geopolítico en el que nos encontramos, el desarrollo económico no se entiende sin una intensa colaboración entre el capital privado y los fondos públicos; de la misma manera, la transformación social hacia la universalización de servicios no tiene cabida fuera de un escenario en el que las formas de gestión públicas y privadas convergen. Ciertamente, siempre queda a salvo –o debe quedar– el ejercicio del imperium por la Administración como premisa que impone el estado democrático y de derecho que hemos construido, pero las formas, los cauces de ejercicio de ese imperium tienden, cada vez más, a participar de instituciones que han sido propias, tradicionalmente, de la sociedad civil.

Esta “escala de grises” ha sido profusamente estudiada en los más variados aspectos del derecho administrativo, desde la “escala de demanialidad”¹³ a la “escala de la publicatio” que engloba servicios públicos versus servicios de interés general¹⁴. En relación con el tema objeto de estudio en estas páginas,

¹³ Aún con las críticas, por insuficiente, que recibe la teoría de la escala de la demanialidad entre autores de la solvencia de Menéndez Rexach (“El concepto de patrimonio de las Administraciones Públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público”, en “Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas”, Horgué Baena coord., Iustel, 2007).

¹⁴ Entre la abundante bibliografía que analiza esta cuestión, nos remitimos a Souvirón Morenilla (“La actividad de la Administración y el servicio público” Comares, 1998) o a Sendín García (“Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”. Comares, 2003).

se ha manifestado en la conformación de tres realidades jurídicas: la contratación, la organización y el empleo público. No se pretende desarrollar ahora más que una mera reflexión particular –y aplicada al tema que nos ocupa– sobre ideas que componen el sustrato del derecho administrativo actual, por lo que debemos remitirnos necesariamente a quien antes y mejor han expuesto los rudimentos de estas instituciones.

Es manifiesto cómo la financiación presupuestaria de las infraestructuras públicas hace tiempo convive con fórmulas de financiación público–privadas, en sus diferentes formas. Esta colaboración entre la Administración Pública y el contratista supone una profundización en las relaciones de colaboración que todo contrato administrativo sustancia¹⁵.

Ahora bien, como dijimos, la colaboración –necesaria y deseable– entre la Administración Pública y el empresariado y los profesionales vía contratación de obras, bienes y servicios debe salvaguardar en todo caso la superioridad de los intereses generales sobre los particulares, dando así sentido a la fórmula del estado social y democrático de Derecho. Y ello supone afianzar la figura del contrato administrativo, como aquél en que las relaciones de colaboración se enmarcan en un principio de jerarquía, en una verdadera subordinación de la parte contractual privada a las prerrogativas de la Administración contratante¹⁶. Es indispensable, en aras del interés general, en cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia de la Administración Pública, asegurar la autotutela administrativa a través de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos en la interpretación, modificación, ejecución y extinción de la relación contractual; en otras palabras, reafirmar el ejercicio de las prerrogativas en la contratación de obras, bienes y servicios. Y este discurso vale tanto cuando la contratación se realice de manera inmediata por la Administración General como cuando tenga lugar a través de entidades instrumentales que operen como medio propio de la misma, *in house providing*. Ésta supone una ex-

¹⁵ Un amplio estudio de esta materia, entre otros, en “Nuevo derecho de las infraestructuras”, Ariño & Almoguera. Edt. Montecorvo, 2001.

¹⁶ La defensa del contrato administrativo –frente al privado– como el que mejor se adecua a los fines de mercado por las ventajas de la forma de adjudicación a partir de las conclusiones de la Organización Mundial del Comercio –Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio– se desarrolla por González–Varas Ibáñez (“El contrato administrativo” Civitas, 2003). Por nuestra parte, nos referimos a la preferencia desde una estricta óptica del funcionamiento de la Administración en el cumplimiento de sus fines, en la medida en que el ejercicio de potestades en la ejecución del contrato le otorga una posición de ventaja –sujeta al principio de legalidad y a su control judicial– frente al contratista.

cepción ad intra –esto es, en el círculo doméstico de la obligación de promover la concurrencia al mercado en la prestación de servicios para la Administración Pública¹⁷– pero no ad extra, esto es, en las relaciones que la entidad instrumental mantenga con los terceros contratistas, relaciones que en todo caso se deben fundamentar en la publicidad y concurrencia en fase de adjudicación; pero este mínimo de objetividad en la adjudicación a favor del libre mercado debe también –en la medida de lo posible– extenderse en la ejecución del contrato mediante el ejercicio de prerrogativas, al ser éste un sistema que mejor salvaguarda los intereses generales, idea ya repetida en este artículo. Y esta defensa de lo público debe mantenerse –insistimos, como regla de actuación general– con independencia de la concreta manera de autoorganizarse la Administración, ora a través de órganos administrativos, ora a través de entidades instrumentales personificadas.

Precisamente, en un segundo círculo, aparece la forma de personificación del poder público como escenario de la mezcla de formas de gestión públicas y privadas. Desde nuestra perspectiva, con frecuencia se ha confundido la bondad de emplear formas de gestión propias de las empresas privadas con la adopción de la personalidad jurídico privada como vía de desarrollo de la acción política. Ello ha desnaturalizado unas y otras instituciones, hasta el punto de ligar una determinada forma de actuar (por objetivos, con procedimientos simplificados y sobre principios de confianza propios de las relaciones mercantiles) con formas de organizarse a través de sociedades mercantiles y fundaciones¹⁸.

El resultado producido, a la larga, requiere de una seria reflexión. Porque esa “determinada” forma de gestionar es la que la sociedad hoy día requiere de una Administración Pública moderna (“innovadora”, como es el uso lingüístico en boga), pero sin que ello pueda suponer la pérdida de las garantías

¹⁷ Múltiples disertaciones sobre esta institución, siendo reciente la de Noguera de la Muela (Revista de Administración Pública, núm. 182, may–agosto 2010) “Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”.

¹⁸ Resulta llamativo que el art. 2 de la ley de creación del Instituto Nacional de Industria (de 25 de septiembre de 1941) disponga que el mismo, que se crea como entidad de derecho público, “utilizará los métodos de las Sociedades Anónimas privadas para sus fines estatales, pero conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno”, referencia legal estudiada por Roca Roca (“Las técnicas societarias en la Administración Pública española”, en Administración Instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo, Civitas, 1994).

en la consecución de los intereses generales ni poner en peligro los derechos del ciudadano que son propios del estatus de administrado¹⁹. En suma, la eficacia y la eficiencia en la actuación administrativa no puede tener como precio a pagar la pérdida del imperium, del ser Estado²⁰.

De esta forma, tendrá sentido que la Administración Pública recurra a formas societarias cuando de lo que se trate sea de ejercer una posición jurídico-privada de accionista (por razones financieras o incluso de fomento), y no de la tenencia de la mayoría del capital para hacer políticas prestacionales²¹. Asimismo, tendrá sentido que la Administración utilice formas fundacionales cuando exista un patrimonio privado destinado con exclusividad a determinados fines de interés general cuya gestión directa (vía patronato) se encomiende a la Administración, o incluso cuando la propia Administración disponga de la aplicación, por una vez, de unos fondos a un fin específico, teniendo a partir de ese momento tal patrimonio vida propia, en conjunción con otras aportaciones privadas al mismo fin. Pero no cuando se trate de realizar políticas de prestación de servicios públicos con aportaciones de patrimonios sucesivas, en una interacción directa con la planificación específica de aquellas políticas.

En este repaso a las manifestaciones en las que se muestran los perfiles difusos de lo tradicionalmente considerado como público y lo privado, aceptemos que las relaciones de empleo público han sufrido una honda transformación que se caracteriza por la “contaminación” mutua entre las dos formas vi-

¹⁹ Es novedad de la aprobación como Ley la inclusión en el artículo 1 de un contenido que —precisamente— por resultar obvio adquiere el mayor significado: los ejes de la reordenación “presente o futura” serán la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos, fines a los que quedan supeditados los principios de simplificación y racionalización de la estructura administrativa.

²⁰ Clarificadores resultan el estudio y las conclusiones de Ariño en “Estado de Derecho y huida del Derecho”, en “Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica”. Ariño Ortiz. Comares, 2001.

²¹ Villar Palasí resume gráficamente la disfunción: “una empresa mercantil dictando actos administrativos: tal es el resultado de este extraño maridaje entre las formas mercantiles y la sustancia o contenido de la actuación de tales empresas” (“Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, en “Administración instrumental, libro homenaje al profesor Clavero Arévalo, tomo I, Civitas, 1994”). En el mismo sentido, Fernández Farreres (“Administraciones instrumentales”, pág. 356 en “Estudios para la reforma de la Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004”): “La utilización instrumental de dichas sociedades habría de reconducirse a sus justos términos, ciñéndose al desarrollo y ejecución de actividades industriales y mercantiles, con sujeción plena, sin excepción, al Derecho Privado”.

gentes de establecer dicha relación jurídica. En principio, la inamovilidad del puesto y el acceso por fórmulas que se traducen (como esencia del sistema) en una oposición o concurso libre sería propio a aquellos puestos ligados al ejercicio del imperium, de las potestades públicas. Como contrapartida, el estatus funcional tiene (en puridad, de natura) la nota de ser una relación de sujeción especial que pivota sobre el estricto principio de autoorganización, de la potestad doméstica, dando lugar a una institución “acontractual” en la que *“el funcionario se gobierna, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, por las normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos”*²². En el otro extremo, el régimen laboral, sujeta a la una mayor flexibilidad en la contratación del trabajador y en la posibilidad de extinguir el contrato en los términos legalmente establecidos con carácter general y con la contrapartida de la negociación colectiva como elemento de regulación autónoma y de control de las facultades del empresario.

Este esquema inicial, ha derivado en la práctica hacia fórmulas complejas, en las que existen puestos de funcionarios que tienen por objeto tareas alejadas de aquellas que les están reservadas, a la vez que en las distintas Administraciones se ha consolidado el principio de negociación, sindicación y huelga que condiciona cómo se realice la potestad doméstica; de la misma forma, en la práctica, la permanencia en el puesto de los trabajadores laborales con contrato fijo o indefinido se asemeja a la inamovilidad. En palabras de Rodríguez Ramos, *“el esquema inicial ha derivado en un sistema mixto de función pública, que presenta caracteres del sistema abierto de influencia norteamericana y del cerrado de influencia francesa; del primero por la creciente, cuantitativa y cualitativa laboralización y del segundo resta el sistema de provisión de puestos, la oposición y el concurso, la inamovilidad geográfica y la estabilidad de por vida, aunque incluso estos aspectos han sido matizados por las sucesivas reformas legislativas”*. Y, ante todo, el esquema se encamina en la práctica hacia fórmulas complejas porque es la naturaleza de la entidad pública o del sector público la que condiciona la tipología (única o muy predominante) de la relación contractual y no –como debiera– la realización de un estudio específico de las funciones que se han de desempeñar en el concreto puesto de trabajo sostenido con fondos públicos.

²² Rodríguez Ramos en “Teoría general sobre la relación de empleo público y el estatuto de los funcionarios públicos: contenido”, en “Materiales para el estudio de la Administración Pública”, Rodríguez Ramos & Pérez Borrego, coord., Universidad Internacional de Andalucía, 2004.

En los tres ámbitos a los que acabamos de referirnos inciden, conjuntamente, los dos preceptos a los que hacíamos referencia en el primer apartado de este artículo. La legislación de contratos lleva a formas privadas las relaciones que se realicen por determinadas formas de organización instrumental, y la legislación de empleo público introduce la salvaguarda (que al mismo tiempo es criterio distintivo para catalogar los puestos de trabajo) de qué funciones deban ser realizadas por funcionarios públicos.²³ Cómo se produce esta incidencia y cómo se ha resuelto por la reforma operada será objeto de estudio inmediato.

Cuarto. En particular, el dilema de cómo adaptar la LAJA al marco estatal de contratación pública y de empleo público

El artículo 3.2 LCSP taxativamente dice que “*no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asi-*

²³ A propósito, debemos simplemente apuntar un hecho: desde un punto de vista de la Unión Europea, el principio de libertad de movimiento en la prestación de servicios por los nacionales de los países miembros deriva a la limitación de los empleos públicos que sólo puedan ser ocupados por nacionales de ese concreto Estado. Por definición (art. 56 EBEP) los puestos de funcionarios quedan reservados a españoles; los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea pueden acceder como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas (art. 57.1 EBEP). La utilización por los Estados miembros de la excepción del art. 39.4 del originario Tratado de la Comunidad Europea –hoy art. 45 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del funcionamiento de la Unión Europea– cuando permitía que los Estados miembros pudieran establecer limitaciones a la libertad de circulación de los trabajadores, aplicables a las personas, ha supuesto –en palabras de Linde Paniagua “Políticas Comunitarias” Cap. III, Edt. Colex, 2001– “*uno de los obstáculos más relevantes al ejercicio de la libertad de circulación de los trabajadores, no obstante la interpretación restrictiva que ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia*”. Y se refiere el citado autor a que el Tribunal, desde temprano, ha afirmado que la determinación de los empleos que pueden incluirse en el apartado 4 del art. 39 depende de que los mismos sean o no característicos de las actividades específicas de la Administración pública “*en tanto que investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad para la salvaguarda del interés general del Estado*” (St. de 17 de diciembre de 1980), y de manera aún más firme en la la STJ de 2 de julio de 1996 al exigir que esta limitación a la libre circulación se circunscriba en la utilización de los puestos de funcionario y de empleado público “*que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen, pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad*”.

milados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”, teniendo por tanto la consideración de poder adjudicador. Esta norma (recordemos su carácter básico según la Disposición Final séptima) implica la inclusión en el grupo de entidades que no son Administración Pública a efectos del ejercicio de prerrogativas, de entidades como la Agencia de Puertos de Andalucía, la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, el Ente de Infraestructuras Escolares o el Ente de Ferrocarriles Andaluces. Por su parte, el art. 9.2 del EBEP dice que *“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.”*, precepto que marca una línea divisoria que determina la decisión de creación de entidades instrumentales o, al menos, su tipología²⁴.

Tal y como se dijo, la total aplicación de la LAJA quedaba pendiente de la transformación de las entidades instrumentales preexistentes a las categorías que la misma define. Próximo a llegar tal plazo, el dilema consistía en realizar una simple adaptación de la tipología de las entidades, o aprovechar el momento para abordar, desde el principio de seguridad jurídica, la modificación legislativa que permitiera alinear el ordenamiento andaluz a las exigencias derivadas de la normativa estatal y –con ello– garantizar la eficacia y eficiencia en el funcionamiento de las entidades instrumentales y la reserva al funcionamiento de las funciones que dispone la ley.

La reforma del sector público operada en Andalucía optó por esta segunda²⁵. En sí misma, tanto el Decreto-Ley 5/2010 como el 6/2010 y su aprobación como Ley deben entenderse consecuencia directa de la reordenación general de la Administración andaluza, sector público incluido, que supone la entrada en vigor de la LAJA. Pero, más allá, suponen una consecuencia directa

²⁴ No es momento ahora de profundizar la atención sobre la idoneidad sistemática de situar una regla general de reserva de funciones a funcionarios públicos en un artículo –como es el 9– dedicado a los “funcionarios de carrera”, por más que existan remisiones al régimen normativo de éstos para con otros tipos de funcionarios (art. 10.5, referido a los funcionarios interinos).

²⁵ La posición contraria que el Grupo Parlamentario Popular mantuvo a la Ley estatal 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos se fundamentaba en que el citado proyecto de Ley *“no aporta, en el ámbito de los organismos públicos, una innovación que en definitiva encare una reforma en profundidad de ese sector público y de la Administración General del Estado, en su conjunto...”* (BOCG núm. 63, de 19 de mayo de 2006). Por la misma razón, suponemos que sería de aplaudir esta voluntad de reordenar en profundidad el sector público andaluz.

de las bases legales establecidas por el Estado. Analicemos más detenidamente la problemática que se presentaba.

Por lo que respecta al art. 3 de la LCSP, su aplicación conllevaba la inclusión de las principales entidades instrumentales andaluzas gestoras, al campo de los poderes adjudicadores. Entidades públicas como la Empresa de Suelo, el Ente de Ferrocarriles, la Agencia de Desarrollo Empresarial, el Ente de Servicios Educativos o la Agencia de Puertos –todas ellas, entidades públicas de las que se habrían de considerar “asimiladas” a efectos del artículo 3 LCAP– perderían las ventajas para la ejecución presupuestaria que supone el ser Administración Pública en sus relaciones contractuales²⁶. Avanzando más allá en la potencia reformista que se habría con el nuevo escenario, la aprobación de norma con rango suficiente –ley– permitiría la creación de entidades instrumentales públicas con carácter de Administración Pública en sectores en los que la personificación instrumental venía vistiendo naturaleza jurídico–privada (sociedades anónimas y fundaciones, de mano pública unas y otras), lo cual avanzaba en la idea de publicación de las entidades instrumentales²⁷.

²⁶ La paradoja la resume acertadamente Gimeno Feliu: “Esta decisión del legislador implica una evidente desconexión con la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con la LOFAGE, con la LRJAPyPAC y con la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (entre otras) ya que además de utilizar un concepto de sector público distinto, se opta por abandonar categorías aceptadas por el Derecho Administrativo al afirmar que las Entidades Públicas Empresariales–y sus equivalentes autonómicos y locales no tendrán la consideración de Administración Pública” (“Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos”, pág. 56, Civitas, 2010).

²⁷ La tendencia a corregir la deriva iusprivatista en la Administración instrumental es razón de ser en la Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias especiales para la prestación de servicios públicos, de tal forma que la fórmula de Agencia se constituye como el modelo tipo de organismo público a crear, lo cual lleva a “que los ciudadanos puedan visualizar de manera clara cuáles con los fines de los distintos organismos públicos y los resultados de la gestión que se ha encargado a cada uno de ellos, así como la forma en que se responsabilizan sus gestores por el cumplimiento de los objetivos que previamente han sido fijados de forma concreta y evaluable” (Pérez Gálvez en “Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos”, pág. 96, Comares, 2007). Entendemos que en el caso andaluz, la reforma operada por el Decreto Ley 5/2010 incide en reafirmar ésta como la pieza clave del sistema, y de hacerlo reforzando su carácter público, siendo ésta la razón por la que se modifica, clarificándolo, el artículo 57 LAJA añadiendo un nuevo apartado 2 al artículo 57, según el cual “Las personas titulares de los máximos órganos directivos a que se refiere el párrafo a) del apartado anterior, ejercerán las funciones que les atribuyan los estatutos de la agencia, cualquiera que sea el régimen jurídico de vinculación de las referidas personas.”. En suma, se insiste en la posibilidad de ejercer potestades, situando a los directores gerentes de las agencias en una posición similar (a efectos funcionales, que no de status) a los centros directivos de la administración general: se incide en el nombramiento del director gerente como acto de gobierno con independencia de su ligamen contractual (de ordinario, un contrato laboral de alta dirección).

La solución natural consistía, pues, en “pasar” a la categoría de Administración Pública tanto estas entidades públicas empresariales preexistentes, como a las entidades privadas del sector público. Ahora bien, el título competencial en función del cual se dictó el art. 3 LCSP exigía la no sustitución de la categoría referida en el mismo (y existente en el ordenamiento andaluz) por otra, sino la creación de una alternativa. Lo contrario habría supuesto dejar vacía la remisión de la norma estatal, por no conducir a puerto alguno, con lo que se hubiera puesto en entredicho la competencia estatal relativa a las bases de la contratación administrativa y al régimen de las Administraciones Públicas²⁸.

La apuesta organizativa de la reordenación presenta la creación de dos “subespecies” dentro de la categoría de las Agencias Públicas Empresariales, de tal modo que se distingue entre Agencias –siempre entidades públicas– que se someten esencialmente al Derecho privado y aquellas que se rigen esencialmente por el Derecho público.²⁹ La primera de ellas, la regida por el Derecho Privado, habría de ser la ligada por la remisión a los “organismos asimilados”

²⁸ Recordemos que el art. 149.1.18 atribuye al Estado competencia exclusiva sobre “*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*”

²⁹ En la nueva redacción el art. 68 LAJA queda con el siguiente tenor literal: “*1. 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 éstas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos: a) Aquellas que 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. b) Aquellas que 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 éstas, 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 mercado.*”

Se ha de tener en cuenta que el nuevo art. 69, al establecer el régimen jurídico de una y otra subcategoría, determina que: “*Las agencias públicas empresariales a que hace referencia el párrafo a) del apartado 1 del artículo 68 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 Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.*”

del art. 3 LCSP, por lo que la segunda subcategoría quedaría no afectada por las bases estatales que determinan su catalogación como poderes adjudicadores, permitiendo a la Comunidad Andaluza, en el ejercicio de su competencia de autoorganización, definir su estatus como verdaderas Administraciones Públicas, toda vez que esta decisión se sitúa fuera de las murallas del círculo de competencia exclusiva estatal.

Esta apuesta es coherente con la naturaleza para la que se hacen nacer unas u otras agencias. Las de régimen privado 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. Subrayamos que actúan en “régimen de mercado” y mediante contraprestación. Suponen una personificación pública destinada esencialmente al ejercicio de la capacidad de obrar privada, más allá del necesario tributo a la aplicación del régimen público en la organización de sus órganos de gobierno y en el ejercicio de potestades públicas. Por el contrario, el segundo subtipo va dirigido a la actividad prestacional mediante auténticos instrumentos de la acción pública de gobierno, siendo el ejercicio de potestades públicas su forma natural de actuar. De una y otra caracterización resulta el acomodo dentro del conjunto de los poderes adjudicadores de la primera subcategoría y la necesidad de ser considerada como verdadera Administración Pública de la segunda³⁰. Las relaciones de mercado que son el paradigma de la primera subcategoría son incompatibles con el ejercicio de prerrogativas, de la misma forma que la actuación fuera de mercado de las segundas requiere de tales prerrogativas en su actividad directamente instrumental de las políticas de prestación de servicios.

Las agencias públicas empresariales a que hace referencia el párrafo b) del apartado 1 del artículo 68 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 se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera”.

³⁰ De ahí el nuevo régimen del artículo 62 LAJA, según la reforma operada: “*El régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a), será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público. El régimen de contratación de las agencias a que se refiere el artículo 68.1.a) se regirá 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 adjudicadores”.*

Evidentemente, se realiza una reforma orientada a la publicación en el campo de las relaciones contractuales del sector público andaluz³¹. A partir de este esquema argumental, el Capítulo II de la norma que glosamos acomoda el grueso de las entidades públicas empresariales preexistentes en la subcategoría de entidades de régimen administrativo, en una acción puntual que no empece la adscripción de las restantes entidades públicas no incluidas a una u otra subcategoría en los términos del mandato recogido en la Disposición Transitoria de la LAJA.

El segundo gran problema que se suscitaba era la adaptación a lo dispuesto por el art. 9 EBEP. Ciertamente, este problema apareció como consecuencia de determinadas resoluciones judiciales que, de alguna forma, entraban a considerar la nulidad de determinadas encomiendas realizadas a entidades instrumentales por la inexistencia de funcionarios públicos en la realización de tales tareas³², por más que la Disposición Transitoria Segunda del propio EBEP da ciertos márgenes temporales.³³

La cuestión resulta clave, dado que de entre las diversas formas instrumentales de que se dota la Administración andaluza a través de la LAJA, sólo dos cuentan con funcionarios públicos en sus estructuras: las agencias administrativas y las de régimen especial. Ni las público-empresariales³⁴, ni las for-

³¹ Fernández Luque habla de que las normas del Decreto-Ley suponen “*en cierta medida, un alcance del Derecho Administrativo a las entidades de derecho público*”, siendo las entidades instrumentales privadas las “*formas jurídicas más damnificadas*” (“La Administración instrumental: el objeto social en las sociedades mercantiles públicas de la Junta de Andalucía”, págs. 151 y ss. (Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010).

³² Ciertamente, no demasiadas, pero que apuntan la trascendencia del asunto. Como ejemplo, la St. TSJA 25-5-2009, anulando una encomienda a FAFPE por incluir el ejercicio de actividades que necesitarían –en opinión del juzgador– del ejercicio de potestades públicas reservadas a funcionarios.

³³ “*Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario. El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*”

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.”

³⁴ “*El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el derecho laboral*” (art. 70 LAJA). En idéntico sentido, para las sociedades mercantiles y fundaciones de mano pública (arts.

mas instrumentales jurídico-privadas (sociedades mercantiles y fundaciones de mano pública) integran personal funcionario.

Una primera posible solución supondría la universalización de las agencias administrativas y las de régimen especial como únicas formas instrumentales. El problema surge desde una perspectiva organizativa, ya que estas formas no son idóneas para según qué tipo de actividades, dada la idiosincrasia en su funcionamiento interno. Por lo tanto, había que explorar la posibilidad de integración en agencias públicas empresariales, salvo en aquellos supuestos en los que la actividad desarrollada por las entidades privadas instrumentales afectadas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de junio de 2010 pudiera (y debiera) seguir en manos de entidades privadas resultantes, como era el caso de la promoción y gestión de áreas logísticas (sociedad anónima de mano pública) o la investigación biomédica (fundaciones de mano pública), entre otras citadas en su Anexo. Claro está que esta posibilidad tenía como requisito el desarrollo de una actividad por completo ajena al ejercicio de potestades. En caso de ser necesario, para la correcta realización de la actividad de interés público, el ejercicio de potestades públicas, la solución tendría que pasar obligatoriamente por la integración en una agencia pública.

La decisión normativa se que se adoptase tendría que abordar una cuestión previa, de gran calado en el debate social nacido ya con ocasión de la aprobación del Decreto-ley 5/2010 y que ha sido protagonista en la tramitación parlamentaria como proyecto de ley de la norma finalmente vigente. Nos referimos a la razón ontológica para “integrar” al personal de las entidades privadas que se extinguían dentro de las agencias que se creaban. No imaginamos un escenario en el que la extinción de entidades instrumentales privadas hubiera supuesto el despido en masa del personal de las mismas. La magnitud de servicios públicos cuyo normal desenvolvimiento dependían, en uno u otro grado, de la actividad desempeñada –la extinción de incendios (personal de EGMASA), la atención e incorporación social de drogodependientes (FADAI) o la construcción y mantenimiento de la red de carreteras (GIASA), entre otras tantas–, abocaba a un escenario caracterizado por su mantenimiento en el esquema organizativo resultante. En suma, se optó por integrar las entidades instrumentales privadas de mano pública que se extinguían, en otras públicas que se creaban; no de extinguir aquéllas sin más.

77 y 78 LAJA). El régimen en las entidades públicas empresariales locales ha sido objeto de estudio por Montoya Martín (“Las entidades públicas empresariales locales”, Iustel, 2006, pág. 139 y ss.), advirtiendo cómo la regla general es el régimen laboral, aunque con excepciones. Sin duda, debidas a la categoría única de tal institución en el ámbito local.

Desde un punto de vista jurídico, la cuestión quedaba resuelta con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la nota de dependencia que liga a la Junta de Andalucía como matriz con las entidades instrumentales afectadas coincide con la “*identidad de la entidad económica entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica*”, siendo este conjunto el que compone el entramado organizativo de entidades y órganos y la finalidad la consecución de los fines y objetivos a los que se debe la Administración andaluza.³⁵ Sin embargo, el debate social se ha centrado en el concepto “empleado público”: esto es, si dentro de tal sintagma habría de reconocerse también el personal al servicio de las entidades instrumentales de naturaleza jurídica privada. El trasfondo de la cuestión radica en la “legitimidad” social de la norma aprobada en la medida en que el mismo supusiera, per se, la adquisición por este personal de un “nuevo status” de empleado público, como consecuencia del paso de la relación laboral desde una entidad instrumental privada a una agencia pública.

Una interpretación literal nos llevaría a sostener que “empleado público” es todo aquel que tiene una relación estatutaria con una entidad perteneciente al sector público, ya sea de naturaleza funcionarial o laboral, quedando excluidas, lógicamente, las relaciones regidas por la legislación de contratos administrativos o mercantiles. Ello supondría la inclusión del personal de las sociedades mercantiles y las fundaciones de mano pública en este concepto, de tal forma que la subrogación de la parte contratante –una agencia pública en lugar de una entidad instrumental privada– no supondría cambio en tal status.

En efecto, la subrogación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores implica el mantenimiento de la relación laboral en sus justos términos, con la sola modificación de la entidad contratante. No cambia el tipo de contrato laboral que existiera (temporal, fijo, indefinido), no cambian las condiciones laborales (se mantiene la sujeción a las establecidas en el convenio colectivo previo) y por supuesto, no supone el acceso a otra relación jurídica distinta como es la

³⁵ “Artículo 44. *La sucesión de empresa. 1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*”.

que sustancia el vínculo funcionarial o laboral de la Junta de Andalucía como persona jurídica³⁶.

El problema (el aparente problema) deviene de un erróneo enfoque que se haga del art. 2 del EBEP cuando, referido a su ámbito de aplicación, dice aplicarse “*al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral de las siguientes Administraciones Públicas:... los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*”. El EBEP se dirige al personal de las Administraciones Públicas, siendo esta idea fuerza la que asimismo sostiene el art. 7 (“*El personal laboral de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*”) y el art. 8 (“*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales...*”).

Decíamos que un erróneo enfoque de estos preceptos puede llevar a desvirtuar la percepción real de la cuestión, en tanto que al EBEP se le atribuyan efectos y fines distintos de los que realmente son propios. El EBEP no tiene por misión definir qué sea el sector público, cosa que corresponde a otras normas, tanto estatales (en lo que tengan de bases del régimen de las Administraciones Públicas) como autonómicas en el principalísimo ejercicio del autogobierno sustanciado en la autoorganización. Por consiguiente, si queremos determinar si el personal de las entidades instrumentales de mano pública pertenece al conjunto de empleados del sector público, tendremos que acudir a otra fuente y en el caso de la Administración Autónoma, a la LAJA y la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LGHPCA) en la medida en que la misma rige los fondos públicos.

A estos efectos, debemos recordar que la DA Primera del EBEP dicta que “*Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las*

³⁶ “*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*”... “*Los convenios colectivos, sí como los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos, aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo*”. El protocolo de integración referido supone un instrumento de encaje de las situaciones particulares de cada trabajador en la nueva estructura y organización resultante, y “*se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda*”. (DA 4ª, letras b, e y g del texto aprobado como Ley).

entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”. Entendemos que la remisión normativa realizada debe ser interpretada a partir de la expresión “...y que estén definidas así en su normativa específica”. El “así” se refiere –necesariamente– a “sector público”, por lo que en el caso andaluz, dicha remisión normativa queda resuelta con la LAJA (Cap. III, Tít. III) y la LGHPCA (art. 6 bis), que incluyen en el sector público a las entidades instrumentales privadas de mano pública, tanto las sociedades mercantiles como las fundaciones.

De lo dicho resulta coherente que la Secretaría General para la Administración Pública dictara unas Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE núm. 150, de 23 de junio) según las cuales –Apartado 4, e igualmente, apartado 12: “A las entidades del sector público estatal comprendidas en el art. 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, General Presupuestaria³⁷, les serán de aplicación los principios de los artículos 52 (Deberes de los empleados públicos. Código de conducta) y 59 (Personas con discapacidad), así como lo dispuesto en los artículos 53 (Principios éticos), 54 (Principios de conducta) y 55 (Principios rectores de acceso al empleo público)”. Hay que tener en cuenta que dichas Instrucciones generales contienen “los criterios de interpretación necesario para lograr una actuación coordinada y homogénea de los responsables de la gestión de los recursos humanos”.

Entiéndase que, en lo que respecta en particular al régimen de acceso al empleo público, el art. 55 EBEP es el que sujeta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad la selección del personal, haciéndolo extensivo –además– a los principios de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Y es que ya el Tribunal Constitucional en Ss 133/1989 y 160/1990 se había pronunciado haciendo vinculante el art. 23.2 para los casos de que los actos de las empresas públicas puedan ser incluidos dentro del concepto de “función pública”, lo cual necesariamente debemos reconducirlo al campo de la realización de la actividad administrativa desde una perspectiva amplia, en la que las empresas públicas se integran en el

³⁷ Dicho precepto incluye las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal (letras “e” y “f” del apartado 1º).

mecanismo público de prestación de servicios, fomento o policía, por ser parte en sí mismas de la estructura dedicada a tales fines desde lo público, no siendo exigible –por reducción al absurdo– que ejerzan potestades ni que integren en su régimen de personal a funcionarios públicos para que mantengan esta consideración. Claro está que la interpretación que defendemos supondría no incluir dentro de la garantía del art. 23.2 a las empresas participadas con fondos públicos en los cuales la Administración se limite a cumplir un papel puramente patrimonial, con una finalidad inversora de capital, caso que no es el que se da en el conjunto de entidades privadas de mano pública afectadas por el proceso de subrogación propiciado por la reforma operada.

Por consiguiente, para el caso de que el EBEP resulte ser el argumento decisivo de qué sea “empleado público” a efectos de su acceso a una agencia pública, el bloque de legalidad nos lleva a considerar, a estos efectos, empleados públicos al personal laboral de las sociedades mercantiles y las fundaciones de mano pública. Nada nuevo que no se hubiera dicho antes por doctrina³⁸ y jurisprudencia³⁹ e incluso en la propia normativa, siendo paradigmático que el art. 4 de la Ley 10/2005, de 32 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establezca que “*la selección del personal de*

³⁸ El Grupo de expertos (en esta materia, Román Riechmann, Sánchez Morón y Velásquez López) para el estudio de las principales líneas de reforma de las Administraciones Públicas constituido por Orden APU/1014/2003, de 25 de abril (pág. 481 en “Estudios para la reforma de la Administración Pública”, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004) sostenía que “...estimamos necesario que se considere y se contabilice como empleo público también el de las sociedades mercantiles, fundaciones y otras entidades de naturaleza privada participadas total o mayoritariamente por las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos o entes públicos. No sólo a efectos estadísticos y porque responde a una realidad económica. Además, porque es preciso aplicar a dicho personal –a su selección, promoción, deberes y responsabilidades– los principios generales del empleo público, sin perjuicio de sus peculiaridades...”. De otro lado, la doctrina había abordado ya esta cuestión, y así es oportuno llevar a cita el trabajo de Montoya Martín (“Las empresas públicas sometidas al Derecho privado”, Marcial Pons, 1996), págs. 574 y ss.

³⁹ Como ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 2009 “Tomando en consideración que la sociedad estatal recurrente pertenece al sector público, que en la selección de su personal se aplican los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, pues ha de contratarse mediante oferta pública de empleo, en la que se ofertarán las plazas que legalmente se establezcan, necesariamente ha de aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad...”.

*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*⁴⁰.

Una vez analizado este particular problema, concluimos este artículo abordando el verdadero núcleo de la reforma, en lo que al ejercicio de funciones públicas se refiere.

Según se dijo, las premisas sobre las que se construye la citada norma son la transformación de las entidades instrumentales al ámbito de las de naturaleza pública y el mantenimiento del empleo existente, de tal forma que se asegurara la continuidad en la prestación de servicios desde la optimización de los medios disponibles. Más allá de la necesaria derivación que se realiza a la normativa laboral, el legislador del Decreto-Ley se preocupa de crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de las premisas expuestas, lo que pasa por abordar el obstáculo que suponía que, desde la redacción original de la LAJA, se permitiera a las Agencias Públicas Empresariales el ejercicio de potestades (lo cual es lógico en función de su naturaleza jurídico-pública), pero se limitase la tipología del personal a su servicios al laboral, escenario que pasa a ser insostenible cuando el EBEP requiere de la presencia de funcionarios para realizar determinadas actividades ligadas al ejercicio de potestades públicas.

Será preciso concretar el significado del art. 9 EBEP cuando dispone que *“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.”* Para ello, debemos hacer notar –aunque sea obvio– que la norma básica se remite a la esfera de ejercicio de potestad doméstica de cada Comunidad Autónoma. Ahora bien, lo que nos preocupa en estos momentos no es tanto el fuero sino el contenido del mismo. Es patente que la reordenación del sector público abordada no ha pretendido –no podía pretender– ser el escenario en el que se detallase qué funciones de las que se realizan por las entidades instrumentales deben ser realizadas exclusivamente por funcionarios⁴¹.

⁴⁰ La DA7^a de la Ley 8/2010 se sitúa en esta línea al prescribir como principios de selección y acceso del personal al servicio del sector público andaluz los de publicidad en medio oficial, igualdad, mérito y capacidad.

⁴¹ La DA 6^a de la Ley –en contenido novedad respecto del texto del Decreto-Ley 5/2010– insiste en remitirse a los *“términos establecidos en la legislación en materia de función pública”*. En buena lógica.

Antes bien, tanto el Decreto-Ley inicial como la Ley finalmente aprobada se inserta en el status quo existente, de tal forma que mantiene la caracterización del personal de cada tipo de agencia: funcionario y laboral en las administrativas y de régimen especial, laboral en las público empresariales. Esta es la realidad en la que se mueve una norma que tiende a la reordenación de las entidades existentes, no a la configuración del ámbito de ejercicio de funciones del personal funcionario. Y sobre esta finalidad debe aplicar (insistimos, que no desarrollar ni matizar) un mandato imperativo del EBEP que pasa, necesariamente, por interpretar el concepto “potestades públicas o salvaguarda de los intereses generales” de modo no disyuntivo y extensivo, en tanto esta exégesis abocaría a que toda actividad administrativa (que por definición y sea o no realizada en el ejercicio de potestades, debe tender a la salvaguarda de intereses generales) necesariamente debiera ser realizada por funcionarios públicos, extremo éste que significaría –de raíz– la desaparición de la categoría de personal laboral de las Administraciones Públicas.

Claro está que la otra posibilidad –y aplicamos conscientemente el término, pues se trata en las circunstancias económicas en que nos hallamos, de ser posibilistas– es restringir el binomio “participación directa o indirecta” a labores o funciones relacionadas con el acto resolutivo o de trámite que implique el ejercicio de imperium. En cualquier caso, lo cierto es que se da por hecho que habrá actuaciones que se inserten en el ámbito del ejercicio de potestades propias de cada tipo de agencias, que necesariamente deban ser realizadas por funcionarios. Y, llegados a este punto, hemos de acotar la problemática a las agencias público-empresariales, únicas que carecen –ya vimos, en el caso andaluz al menos– en su estructura de personal funcionario. Frente a otras opciones⁴², el legislador andaluz ha optado por utilizar la relación de dependencia para resolver este obstáculo. Veamos.

⁴² Como sería convertir todas las entidades instrumentales públicas en agencias administrativas o de régimen especial. Este camino hubiera conducido, a nuestro criterio, a una desnaturalización de una u otra tipología, con peligro de desestabilizar entidades preexistentes que tienen este régimen. Otra alternativa hubiera consistido en admitir la coexistencia de funcionarios en las agencias público empresariales, pero con ello los mecanismos de funcionamiento interno de estas entidades seguramente se hubieran resentido; recordemos que la norma no nace en una situación virgen, sino que el panorama de las entidades públicas empresariales en Andalucía cuenta con importantísimas representantes, con dinámicas laborales ya muy consolidadas, fundamentalmente en el sector de la obra pública y los transportes, el suelo y la vivienda, los servicios culturales y los servicios educativos.

La forma en que se acomete este rompecabezas pasa por invertir el esquema ordinario –que no necesario– de las relaciones entre la matriz y la instrumental: lo común es que la matriz aporte los recursos financieros y la instrumental los medios personales, mientras que en la reordenación operada, es la matriz la que aporta el resultado del ejercicio de funciones públicas por personal que se haya integrado en su relación de puestos de trabajo. El esquema diseñado es coherente con la naturaleza de las relaciones que se estructuran entre la matriz y la instrumental: aquélla establece los objetivos y controla a la instrumental, pero también aporta los medios y condiciones necesarios para que la instrumental pueda cumplir sus fines y que ésta no puede –por su propia naturaleza– conseguir por sí misma.

Este personal, que es funcionario y necesariamente lo debe seguir siendo –de lo contrario, no se cumpliría con lo exigido por el EBEP– actúa desde su propia condición de personal funcionario integrado en la relación de puestos de trabajo de la Consejería matriz, a todos los efectos del ejercicio de las funciones propias de su puesto, pero también de los derechos y deberes que le corresponden en su estatuto personal. Lo que hace la matriz es integrar funcionalmente el resultado del ejercicio de tales funciones públicas en el iter procedimental de la agencia pública empresarial, de tal forma que en aquellos trámites en los que se requiera la actuación de un funcionario, por quedar reservados a los mismos ex EBEP, el procedimiento desarrollado por la agencia en el ejercicio de su potestad, cumpla con tal requisito.

Como decimos, el modelo no interfiere en el status del personal funcionario adscrito en tanto la pertenencia del mismo sigue siendo respecto de la Administración general, en la que realizará su carrera profesional⁴³. En suma, en lugar de trabajar de forma inmediata para un órgano administrativo (en una consejería, agencia administrativa) se trabaja para un organismo (la propia agencia pública empresarial). En uno y otro caso, se trabaja, en suma, para la consejería matriz, siempre desde un puesto de funcionario incluido en la relación de puestos de trabajo de la consejería y con las evidentes posibilidades de participar en los concursos de traslados de la administración general a la que

⁴³ La “dirección funcional” –según se define por el art. 69.3 LAJA esta relación– supone el mantenimiento del estatus propio del funcionario, status que debe quedar salvaguardado necesariamente cuando se concrete la forma en que tendrá lugar aquélla, especialmente en relación con el sistema de recursos administrativos, jornada y horario de trabajo, retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y potestad disciplinaria, según indica el citado precepto.

pertenece. Como fácilmente se comprenderá, la dificultad de definir los detalles de esta integración funcional en una norma con rango de ley lleva al legislador a remitirse a lo que se disponga en los estatutos de cada agencia, lo cual permite una modulación en función de las características de cada agencia y cada consejería, a la vez que permite desarrollar la potestad normativa contando con la participación de todos los interesados, muy particularmente los representantes de los trabajadores, a través de la tramitación reglada de normas con rango de decreto.

Esta situación es completamente distinta a otra que –también– se regula por la DA 4^a, por cierto, con clara ventaja para el personal funcionario en comparación con el régimen precedente. Nos referimos al caso de que voluntariamente (y hay que subrayar la palabra), un funcionario decida prestar servicios como personal laboral en una agencia pública. Esta posibilidad preexistía, como decimos, en el régimen anterior⁴⁴ y supone el paso a una situación de excedencia en el sector público caracterizada por su mantenimiento durante el tiempo que dure la relación laboral con la entidad del sector público (incluyendo las mercantiles de mano pública) y la no reserva de puesto pero sí el derecho al cómputo del tiempo de servicio a efectos de trienios en el momento del reingreso al servicio activo. La ventaja añadida con la reforma operada radica en que tales servicios se consideran como mérito a efectos de participación en convocatorias de concursos para la provisión de puestos de trabajo, reconociéndosele además a dicho personal por la agencia de destino, el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Y, por supuesto, una y otra situación difieren del escenario en que un empleado –laboral, por definición– de una entidad privada de mano pública integrado en una Agencia, pretenda acceder a la condición de funcionario o de personal laboral de la Junta de Andalucía, en cuyo caso sólo hay una posibilidad: participar (y ganar) la correspondiente prueba selectiva de acceso libre convocadas en ejecución de la oferta de empleo público. Porque, una cosa es que el acceso al empleo público (in genere) se rija en todo caso por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad y otra muy distinta es que

⁴⁴ Ya en el art. 29.3.c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, art. 15 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado y art. 85.2.b) EBEP.

desde un determinado status (laboral de una empresa o fundación de mano pública, o de una Agencia) se pretenda acceso directo al status de funcionario o de laboral de la Junta de Andalucía como empleador distinto de la empresa o fundación pública, o una Agencia de la que se es empleado. Pero este contenido de la DA 4ª letra b) del texto aprobado como Ley, ciertamente novedoso respecto del texto del Decreto-Ley 5/2010, difícilmente pudiera haber sido otro, aunque sólo fuera a tenor del art. 23 CE y el ingente bloque de leyes, reglamentos, doctrina constitucional y jurisprudencia que del mismo deriva...