

Hacia una racionalización “estructural” de los entes instrumentales: principios y reglas de inexcusable cumplimiento*

Isabel González Ríos

Prof. Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LOS ENTES INSTRUMENTALES EN SU PROCESO DE RACIONALIZACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A SU CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN. 1. Marco normativo regulador de los entes instrumentales estatales, autonómicos y locales. 2. Límites derivados del procedimiento de creación, modificación y extinción de entes instrumentales. II. LA POTESTAD ORGANIZATORIA RESPECTO DE ENTES INSTRUMENTALES: PRINCIPIOS Y FINES A LOS QUE SE SUJETA. 1. Principios que deben regir la potestad de autoorganización como actuación administrativa de creación de Entes instrumentales. A. Los principios de descentralización funcional, de competencia, de no duplicación de estructuras administrativas, de coordinación y de dirección y control. B. Los principios de eficacia, racionalización administrativa y buena administración. 2. La organización administrativa debe ajustarse a fines de interés general. III. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA RESPECTO DE ENTES INSTRUMENTALES. 1. Técnicas de control de la discrecionalidad. 2. Control de la potestad organizatoria como potestad normativa: los principios de buena regulación. IV. RACIONALIZACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y REDUCCIÓN DEL GASTO PÚBLICO A TRAVÉS DE LA REDUCCIÓN DE ENTES INSTRUMENTALES. 1. El principio de sostenibilidad financiera y de estabilidad presupuestaria: fundamento para la reducción de entes instrumentales. 2. La racionalización del sector público instrumental estatal, autonómi-

* Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-410: “Estudios jurídicos interdisciplinarios avanzados: servicios colectivos”. I.P.: Dr. José M^o Souvirón Morenilla.

co y local. V. LA REORDENACIÓN DE ENTES INSTRUMENTALES EN ANDALUCÍA. 1. Medidas y principios aplicables a la reordenación del sector público andaluz. 2. El principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: doctrina del TSJ de Andalucía y del Tribunal Supremo a raíz de la reordenación del sector público andaluz. VI. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

En este estudio analizamos el proceso de racionalización del sector instrumental de las Administraciones públicas, pero abordándolo desde la perspectiva de los límites a los que debe someterse. Para ello partimos de la normativa reguladora de la creación, modificación y supresión de entes instrumentales, tanto de naturaleza pública como privada, en la que se recogen límites formales y sustanciales. A continuación nos referimos a los principios y fines que tiene que respetar la Administración pública cuando ejerce la potestad organizatoria respecto de sus entes instrumentales; a los hechos determinantes, la finalidad pública y los principios generales del derecho que ha de tener en cuenta la Administración cuando ejerce aquella potestad, como potestad discrecional; así como, a los principios de buena regulación que deben presidir la elaboración de las normas que dan soporte a la creación, modificación o supresión de entes institucionales.

Este encuadre regulatorio se completa con el análisis del proceso de racionalización administrativa llevado a cabo en el seno de la Administración estatal, autonómica y local, para destacar el relevante papel que en el mismo ha jugado el principio de sostenibilidad financiera y el de estabilidad presupuestaria. Como colofón tratamos la reordenación del sector público andaluz y su incidencia en el principio constitucional de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, analizando la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y del Tribunal Supremo sobre el tema.

PALABRAS CLAVES

Principios organizativos; racionalización administrativa.

ABSTRAC

In this research we analyse the process of rationalization of the instrumental sector of public Administrations, but from the limits that have to be taken for future development. For this we set off from the standard law of creation, modification and elimination of instrumental beings, from public to private nature, where they are to gather up from their formal and substantial limits. Next we refer the introduction and purpose that must be respected by the Public Administration when it runs the power of organise the instrumental beings; to the determinant facts, the public object and the general origin that Public

Administration must consider when in takes that kind of authority as an optional authority; even though the origins of good adjustment have to be the dominant element in which support the creation, modification or elimination of institutional beings.

This control sets with the complete research of the process of administrative rationalization carried through by the State, Autonomy and Local Administration to stand out the importance that itself has played for financial remaining and budget stability. To end up with, we try to reorganise the Andalusian Public Section and it affects to the Constitutional origins of equality, merits and capacity of acceding into the Public function, analyzing the jurisprudence of the Andalusian Superior Court of Justice and High Court about this subject.

KEYWORDS:

Institutional origins; administrative rationalization.

I. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LOS ENTES INSTRUMENTALES EN SU PROCESO DE RACIONALIZACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A SU CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN

1. Marco normativo regulador de los entes instrumentales estatales, autonómicos y locales

Los Entes instrumentales suelen estudiarse dentro de lo que se conoce como Administración institucional¹ en la que se integran entes y organismos de distinta naturaleza jurídica. La regulación de dicha Administración se encuentra hoy en una abundante y dispersa normativa². Junto a estos entes instrumentales la

¹ Entre otros: BOTO ÁLVAREZ, A. *La Administración instrumental*. Fundación Universidad de Oviedo, ed. Reus, SA, 2011; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Administraciones instrumentales" en la obra colectiva *Estudios de la Administración pública*, INAP, (2004, pp.341 y ss); FERNÁNDEZ LUQUE, J.M.: *La Administración instrumental. El objeto social en las Sociedades Mercantiles públicas de la Junta de Andalucía*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J.: *Administración Institucional*, CGPJ, 2004; NAVAJAS REBOLLAR, M.: *La nueva Administración Instrumental*, INAP, Madrid, 2000. VVAA (Coord. Pérez Moreno, A.): *La Administración Instrumental*, 2 Vols, Civitas, Madrid, 1994.

² Título III y Disposición Adicional Sexta a Décima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y en la Ley de Agencias Públicas Estatales; en las correspondientes legislaciones autonómicas referidas a su Administración, Hacienda o

doctrina alude a las Administraciones independientes, caracterizadas por un especial régimen de autonomía funcional según las actividades que tienen asignadas³, a las que por las peculiaridades de su régimen jurídico, no nos referimos en este estudio.

La LOFAGE emplea varias denominaciones para referirse a los entes instrumentales⁴. Así, alude a los Organismos públicos como aquellos que son creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado para la realización de actividades de ejecución o gestión, que pueden ser administrativas, de fomento o prestación, así como, de contenido económico. Precisamente las características de dichas actividades son las que van a justificar su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional (art.41). Dichos entes públicos se clasifican en Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Agencias estatales. Al margen de estos organismos públicos, a las Sociedades mercantiles estatales se refiere la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE y a las Fundaciones estatales la Ley 50/02, de 26 de diciembre, de Fundaciones (arts.44 y ss).

Por su parte, algunas CCAA –como Andalucía– aluden a “entes instrumentales”⁵, creemos que con buen criterio al dar cabida a realidades organizativas que no gozan de la consideración de Administración pública pero de la que se valen éstas para gestionar sus servicios e intereses. En tal caso definen los entes instru-

Patrimonio y en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (arts.85, 85 bis, 85 ter y Disposición Adicional 9). Vid, MONTOYA MARTÍN, E, “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, Ponencia presentada al VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Tarragona los días 10 y 11 de febrero de 2012 (pags.23-29 y 33 y ss); también, sus apreciaciones sobre la reordenación del sector público en “Algunas consideraciones sobre crisis económica, reordenación del sector público y contratación de las empresas públicas” en *Estudio sobre empresas públicas* (Coord. F.García Rubio), Dykinson, S.L, Madrid, 2011.

³ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*. Parte General. Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pag.417 y ss; GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *Manual básico de Derecho Administrativo*. Ed. Tecnos, Madrid, 2013 (pags.177 y ss; 196 y ss).

⁴ BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa” en *DA* n° 246-247 (1997, pp.451 y ss); JIMÉNEZ DE CISNEROS, F.J.: Organización instrumental pública en la LOFAGE” en *Estudios sobre la LOFAGE*, CGPJ, 1999, p.170 y ss.

⁵ La Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (arts.45 y ss) se refiere a las entidades ins-

mentales en virtud de tres criterios: su personalidad jurídica propia; su creación por la Administración autonómica o por sus entes públicos, o bien, su participación mayoritaria o su control por la Administración matriz o sus entes públicos; y, la realización de actividades que por razón de eficacia requieren de autonomía de gestión⁶. Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la *Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*, afectada en esta materia por la *Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía*, clasifica estas entidades instrumentales en: a) Agencias (Agencias administrativas, públicas empresariales y de régimen especial), reservándose este concepto para los organismos que tienen la consideración de Administración pública aunque distinguiéndolas según se rijan por el Derecho Administrativo o de forma principal por el Derecho Privado; b) y Entidades instrumentales privadas (Sociedades mercantiles del sector público andaluz y Fundaciones del sector público andaluz)⁷. De esta definición y clasificación se deduce el concepto amplio que utiliza la legislación andaluza. Así, alejándose del término “organismos públicos” - que emplea la LOFAGE- donde se incluyen entes que tienen la consideración de Administración pública, utiliza el concepto de “entes instrumentales” abarcando no solo a Organismos públicos, sino también, a Sociedades mercantiles y Fundaciones andaluzas, acercándose al concepto más amplio de sector público que se utiliza en la Ley General Presupuestaria (art.2.1), en la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas (art.166) o en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art.3.1)⁸.

Por lo que respecta a la Administración institucional dependiente de los Entes locales, la LBRL –profundamente modificada en esta materia por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*- se refiere a los Organismos autónomos y a las Entidades públicas empresariales

trumentales del sector público autonómico (modificada por la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico) y Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector público instrumental de las Illes Balears, en que se integran los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles públicas y los consorcios (art.2).

⁶ Así se sostiene en el art. 50.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y en el art.46 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “La reordenación del sector público andaluz. Reflexiones para el debate” en *RAAP* n° 80 (2011), pp.13 y ss).

⁸ Entre otros, GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.(2013):182-184; SÁNCHEZ MORÓN, M.(2013):428 y ss.

locales remitiéndose en cuanto al régimen de gestión directa de servicios locales por estos organismos a lo dispuesto en la LOFAGE, sin perjuicio de prever algunas especialidades derivadas de la Administración a la que se vinculan (art.85 bis), principalmente referidas a su régimen de creación, modificación y extinción. A su vez, regula el régimen jurídico aplicable a las Sociedades Mercantiles locales (art.85 ter) y el redimensionamiento del sector público local (Disposición Adicional Duodécima). Como peculiaridad, en la legislación de régimen local no se ha incluido como Organismo público local a las Agencias, a diferencia de lo que han hecho Comunidades Autónomas como Andalucía⁹.

2. Límites derivados del procedimiento de creación, modificación y extinción de entes instrumentales

Del complejo régimen jurídico aplicable a los entes instrumentales nos interesa analizar su régimen de creación, modificación y supresión con el objeto de clarificar los límites a que debe someterse la potestad organizatoria respecto a estos entes descentralizados funcionalmente. Al respecto puede señalarse que tanto la regulación estatal como la autonómica referida a la materia dota de ciertas garantías la creación de entes instrumentales públicos al exigir una Ley o autorización por ley, lo que otorga al Organismo un régimen de estabilidad y legitimidad tras el debate parlamentario y su control presupuestario¹⁰; a la vez que se exige que el Ministerio o Consejería competente en materia de Administración pública y Hacienda¹¹ manifieste su aprobación a dicha creación, lo que conlleva un control del gasto público respecto a la organización administrativa¹². La creación

⁹ Tengamos en cuenta que la gestión de servicios públicos locales en Andalucía se regula en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que modifica la denominación de los organismos públicos a que alude la LBRL al establecer que la gestión directa de aquellos servicios se realizará por entes vinculados o dependientes (arts.33 y ss). Entre ellos: la agencia pública administrativa local, la agencia pública empresarial local, la agencia especial local, la sociedad mercantil local, la Sociedad interlocal y la fundación pública local. En la Disposición Final Novena se establece la necesaria adaptación de las entidades instrumentales locales, en el plazo de tres años desde su entrada en vigor, al régimen jurídico previsto en la ley.

¹⁰ En este sentido, vid, ESTEVE PARDO, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp.145 y ss.

¹¹ Actualmente el Ministerio competente en Administración Pública es el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, de cuya denominación puede deducirse la anteposición de las cuestiones relativas a la hacienda pública a las cuestiones organizativas de la Administración pública.

¹² Art.61.1 de la LOFAGE y art. 3 de la Ley de Agencias Estatales. Hay que tener en cuenta que la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 dispone que durante este ejercicio no se crearán Agencias Estatales (DA Octogésima Sexta). En An-

de estos entes se somete, pues, a límites formales y sustanciales (referidos a sus fines y a su coste), los cuales, sin embargo, se relajan en relación a las modificaciones o extinciones.

En el seno de la Administración local, la creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales corresponde al Pleno, que también aprobará sus Estatutos (art.85 bis) de la LBRL)¹³. La autonomía local y la ausencia de control parlamentario en la creación de entes instrumentales locales, lo que supone una relajación en los límites a la creación de este tipo de entes, se han visto contrarrestadas -como en ninguna otra Administración- por las limitaciones impuestas en la Disposición Adicional Novena, en la nueva redacción dada por la por la *Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local* de 2013, en la que se prohíbe a los entes locales y organismos autónomos, sujetos a un Plan Económico Financiero o a un Plan de ajuste, constituir nuevos entes instrumentales ni contribuir al sostenimiento de las entidades públicas empresariales y Sociedades mercantiles que presenten necesidades de financiación. Esta prohibición de constitución de nuevos entes instrumentales se hace extensiva a todo tipo de entes instrumentales adscritos a un ente local u organismo autónomo.

Ahora bien, ¿difiere el régimen de creación de los organismos públicos de su régimen de modificación, refundición o extinción? Si bien la creación de Organismos públicos estatales se sujeta a la aprobación de una ley, la modificación o refundición de organismos autónomos y entidades públicas empresariales sólo exige una ley cuando se produzca alteración de sus fines generales, del tipo de Organismo público o de las peculiaridades relativas a los recursos económicos, al régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal... (art.63.1 LOFAGE), bastando en el resto de los casos con Real Decreto del Consejo de Ministros; por su parte, la extinción de estos organismos también se sujeta a ley, salvo en su-

dalucía al régimen de creación de las agencias alude el art. 56.1 de la *Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*; además, la *Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público Andaluz*, ha eliminado la exigencia de que sea la Ley la que determine la Consejería o Agencia a la que quedarán adscritas las Agencias administrativas y públicas empresariales de nueva creación. Se produce así una deslegalización en la materia al imponer que dicha adscripción se realice por Decreto del Consejo de Gobierno (art.56.1 in fine de la *Ley 9/07, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía*, en la nueva redacción dada por la *Ley 1/2011, de 17 de febrero de Reordenación del Sector Público Andaluz*). Esta descongelación del rango supone flexibilizar el régimen de reordenación de las agencias administrativas y públicas empresariales por cuanto bastará con un reglamento del Consejo de Gobierno para ordenar una nueva adscripción.

¹³ El art. 37 de la *Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía* también atribuye al Pleno la creación, modificación, fusión y supresión de las agencias administrativas locales,

puestos tasados (transcurso del tiempo para el que fueron creados, cumplimiento total de sus funciones u objetivos o asunción de sus fines y objetivos por los servicios de la AGE o por las Comunidades Autónomas). O sea, la modificación, refundición y extinción de estos organismos públicos se realiza por ley en el caso de cambios –llamémoslos sustanciales-, en el resto bastará con un reglamento. La supresión de las Agencias estatales se realiza por Real Decreto del Consejo de Ministros, produciéndose su extinción por el transcurso de su plazo de vigencia, cumplimiento de los fines asignados o cuando sus competencias sean asumidas por las Comunidades Autónoma. En consecuencia, las modificaciones, supresiones y extinciones de organismos autónomos y entidades públicas empresariales, como regla general, necesita de una ley, aunque con abundantes excepciones, mientras que el régimen de supresión de las agencias es mucho más flexible al bastar con el reglamento.

En esta línea de relativización del control parlamentario en las modificaciones y supresiones de entes instrumentales se sitúa el art.59 de la *Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA)*¹⁴, cuyo apartado segundo excepciona la exigencia de ley, bastando con un Decreto del Consejo de Gobierno, cuando la modificación o refundición de agencias se realice por razones de eficacia, eficiencia y economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aún cuando suponga alteración de sus fines o del tipo de entidad. Esta excepción es cuanto menos llamativa porque ¿acaso la refundición o modificación de entes instrumentales puede obedecer a otros principios que no sean los de eficacia, eficiencia y economía del gasto público? No hemos de olvidar que el fundamento que debe presidir la creación de entes instrumentales y la organización administrativa en general es la eficacia en la prestación de servicios públicos. En consecuencia, su reordenación debe estar presidida por los mismos principios. Teniendo en cuenta que el principio de eficacia en la prestación de un servicio público, nunca puede desligarse del principio de economía y eficacia en el gasto público. Se observa, pues, en la regulación andaluza una “flexibilización” en el régimen de modificación y refundición de organismos públicos que, en aras de la eficacia y del control del gasto público, extrae del control parlamentario aspectos organizativos tan importantes como la modificación o refundición de un ente instrumental, con las relevantes consecuencias que ello puede tener en la prestación de los servicios para los que fueron creados...se supone que respetando el principio de eficacia. Por lo que respecta a la extinción de

de las agencias públicas empresariales locales y de las agencias especiales; así como, de sus Estatutos.

¹⁴ El art.9.1 de la LAJA exige una ley para la modificación o refundición de agencias cuando suponga una alteración de sus fines, del tipo de entidad o de las peculiaridades relativas a recursos

agencias se imponen los mismos condicionantes que en la legislación estatal, o sea, se realizará por ley, salvo supuestos tasados en que se efectuará por reglamento¹⁵.

En la Administración local la modificación, refundición y supresión de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales las realiza el Pleno. Fuera de esta referencia la LBRL no contenía ninguna alusión a los supuestos y al procedimiento a utilizar para su "modificación, refundición y supresión". En la actualidad, la modificación y supresión de entes instrumentales locales se ha visto potenciada por lo dispuesto en la Disposición Adicional Novena de la LBRL, de la cual se deduce, como expondremos más adelante, que un importante número de entes instrumentales de los entes locales, principalmente entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles, fundaciones o consorcios están abocados a su disolución forzosa por mandato legal.

Una vez analizado el régimen de creación, modificación y extinción de organismos públicos estatales, de la Comunidad Autónoma de Andalucía y locales, procede referirse al régimen jurídico que en la misma materia se aplica a los "entes instrumentales de naturaleza privada"¹⁶. En la creación, modificación y supresión de entes instrumentales que se rigen íntegramente por el Derecho privado la intervención parlamentaria es prácticamente nula, dejándose en manos del correspondiente órgano ejecutivo, aunque respecto de las Sociedades mercantiles y fundaciones estatales y autonómicas se mantiene el necesario control sobre el gasto público¹⁷. Dicho control respecto de los entes instrumentales privados de

económicos o al régimen de personal, patrimonial o fiscal o de cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley.

¹⁵ Art. 60 de la Ley 9/07, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

¹⁶ Al régimen de creación, modificación y supresión de Sociedades Mercantiles se refiere la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía, la del Patrimonio de la Junta de Andalucía y el art. 85 ter y la Disposición Adicional Duodécima de la Ley de Bases de Régimen local. La Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE remite el régimen jurídico de las Sociedades Mercantiles al Derecho privado, salvo en las materias en las que les sean aplicables el régimen presupuestario, patrimonial, contable y de control financiero y contratación; sin que puedan disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública.

¹⁷ Art. 169. f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas; art.45 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Sobre el control que ejerce la Administración respecto de los fines de interés general que justifican la creación de fundaciones, vid: BARRERO RODRÍGUEZ, C.: "Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración" en *RAP* n.º 183 (2010, pp. 90 y ss); M^a T.CARRANCHO: La constitución de fundaciones, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 191 y ss; PIÑAR MAÑAS, J.L.: "El

la Administración local se ha incorporado recientemente mediante la Ley de Racionalización de dicha Administración. Las Sociedades mercantiles locales se regirán por el ordenamiento jurídico privado salvo en lo que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable y de control financiera; además, contarán con unos Estatutos en los que se determinará la designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración (art.85 ter, de la LBRL). No obstante, la creación de Sociedades Mercantiles y Fundaciones¹⁸ se ha visto condicionada por la aprobación de la *Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*, en la medida en que la DA Novena de la LBRL –en su nueva redacción– dispone que: a) se prohíbe su creación a los entes locales y organismos autónomos que estén sujetos a un Plan Económico Financiero o Plan de Ajuste¹⁹; b) las Sociedades Mercantiles ya existentes que tengan necesidades de financiación no podrán recibir aportaciones patrimoniales ni ampliación de capital procedentes de Entes locales u organismos autónomos sujetos a dichos Planes, salvo muy excepcionalmente; c) si realizan actividades económicas deben aprobar un Plan de Corrección de desequilibrio financiero antes del 31 de enero de 2014; en cuyo marco podrán excepcionalmente recibir aportaciones patrimoniales o ampliaciones de capital. En caso de no aprobar dicho Plan deberán disolverse; d) aquellas Sociedades mercantiles, Fundaciones y otros entes instrumentales que no estén saneados, si no están adscritos directamente a un Ente local, deberán hacerlo de forma irremediable, pues en caso contrario se arbitra su disolución.

protectorado de las fundaciones: situación actual y propuestas de reforma” en la obra colectiva *Manual de Fundaciones*, Cívitas, Forum Galicia de Estudios Sociales, Madrid, 1999.

En la misma línea, se pronuncia la normativa andaluza relativa a la creación, modificación y extinción de Sociedades mercantiles y de Fundaciones (art.8 de la Ley 9/07, de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía y art.82 de la Ley 4/86, de 5 de mayo, de Patrimonio Andaluz; art.55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

Sobre las sociedades mercantiles como manifestación de la potestad de autoorganización, MONTOYA MARTÍN, E.: “Economía y sector público: la organización instrumental en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía” en *RAAP* n° 65 (2007, p.77).

¹⁸ Téngase en cuenta que ni la LBRL habilita para la gestión de servicios públicos locales mediante Fundaciones, ni la Ley de Fundaciones Estatales autoriza la creación de las mismas en el ámbito local. A su vez, la Ley de Fundaciones de Andalucía tampoco se refiere a las fundaciones locales. En Andalucía ha sido la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía la que ha regulado el régimen jurídico de las Fundaciones locales (arts.40 y 41).

¹⁹ Respecto a los planes de saneamiento de los entes locales puede consultarse, entre otros, AGUILERA GONZÁLEZ, F.: “Estrategia de implementación de la Ley de Autonomía Local de Andalucía y de la Ley de Participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía en un contexto de crisis”, en *RAAP* n° 81(2011, pp.447 y ss).

Podríamos concluir diciendo que el régimen de creación y supresión de entes instrumentales de naturaleza privada ha gozado de una amplia discrecionalidad en la normativa reguladora. Discrecionalidad que se veía amplificada en el ámbito local por la ausencia de límites en la LBRL. Esta situación se ha visto resuelta con los controles impuestos en la citada DA9ª de dicha Ley.

II. LA POTESTAD ORGANIZATORIA RESPECTO DE ENTES INSTRUMENTALES: PRINCIPIOS Y FINES A LOS QUE SE SUJETA²⁰

La potestad organizatoria se configura como una potestad discrecional dotada de importantes márgenes de apreciación subjetiva para permitir a la Administración dotarse de una organización adecuada para atender a los fines y objetivos de interés general que tiene encomendados²¹. Sin embargo, esta discrecionalidad no debe derivar en arbitrariedad dando lugar a una Administración que no pueda atender con objetividad y eficacia los intereses generales (art.103 CE). Este riesgo que se da en todas las Administraciones públicas, territoriales o institucionales, se ve acrecentado en el ámbito de la Administración institucional por la cantidad de entes públicos que engloba y por la triplicación consecuencia de la descentralización territorial. Como sostiene SANTAMARÍA PASTOR la creación de los entes instrumentales no ha respondido a ningún plan predeterminado, sino a impulsos de necesidades concretas²². En consecuencia, respecto a la Administración instrumental, como en ninguna otra, se hace necesario incidir en los límites aplicables a aquella potestad de autoorganización. Para ello partimos del análisis de los límites sustanciales que derivan de los principios y fines que deben regir la potestad organizatoria referida a la creación de entes instrumentales.

²⁰ GALLEGO ANABITARTE, y otros: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de la organización*, Marcial Pons, Madrid, 2001; PAREJO ALFONSO, L.: *Organización y poder de organización*, Iustel, Madrid, 2008; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, 2ª ed, Iustel, (2009, pp.347 y ss).

²¹ En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sostenido, entre otras en la Sentencia de 1 de julio de 2008 (Pte. F.J. Sospedra Navas) que "corresponde en exclusiva a la Administración pública, en función siempre del interés general, el ejercicio de las potestades correspondientes para la mejor ordenación de los servicios públicos, que por su naturaleza son limitados, por razones presupuestarias y de dotación de medios personales y materiales. El interés general solo puede y debe ser interpretado por la propia Administración pública, siempre en atención a medios escasos que debe administrar".

²² SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009): 294. Por su parte, LORENZO MARTÍN RE-TORTILLO-BAQUER presenta la creación de entes institucionales como una estrategia para eludir la obligación de las Administraciones públicas de justificar sus cuentas de ingresos y gastos, en "Crisis económica y transformaciones administrativas" en *REDA* n° 153 (2012, pp.5-6).

1. Principios que deben regir la potestad de autoorganización como actuación administrativa de creación de Entes instrumentales.

Nos referimos aquí a lo que LÓPEZ MENUDO considera como criterios legales o soluciones técnicas que deben guiar la actuación organizatoria de la Administración pública, que son el sustrato previo y necesario de verdaderos principios generales del derecho que deben orientar la actuación de todos los poderes públicos²³. Así, de todos los principios que rigen la potestad organizatoria de las Administraciones públicas nos referimos a continuación a aquellos que deben ser especialmente tenidos en cuenta en la creación, modificación y supresión de entes instrumentales (principio de descentralización, competencia, de dirección y control, de coordinación y la prohibición de duplicación de estructuras administrativas), pudiendo calificarse como principios puramente organizativos. Junto a ellos, trascendiéndolos e impregnándolos, el principio de eficacia, el de racionalización administrativa y estabilidad presupuestaria y el de buena administración, como principios que rigen toda la actuación administrativa.

- A. Los principios de descentralización funcional, de competencia, de no duplicación de estructuras administrativas, de coordinación y de dirección y control.

El principio de descentralización administrativa (art. 103 CE y art. 3 de la LRJA-PAC), entendido como descentralización funcional en relación a la Administración Institucional, debe ser aplicado previo control de la decisión discrecional de creación de los entes instrumentales. Dicho control previo de la discrecionalidad debe centrarse en los fines que se le asignan al nuevo ente instrumental, que no puedan ser alcanzados por la Administración territorial que los tenga atribuidos, y en atención al gasto público que su creación conlleva. La eficacia en la prestación del servicio debe presidir la aplicación del principio de descentralización funcional.

Pero para llevar a cabo adecuadamente dicha descentralización funcional es necesario determinar qué entidades tienen atribuidas competencias en la materia objeto de descentralización, para –en caso de creación del ente instrumental– lograr una adecuada reasignación de competencias. De ahí la importancia de

²³ LÓPEZ MENUDO, F.: “Los principios generales del procedimiento administrativo” en *RAP* n.º.129 (1992, pp.22 y ss); GORDILLO CAÑAS, A.: *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para la lectura desde la Constitución de la Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp.15 y ss.

aplicar correctamente el principio de competencia, que permite determinar las atribuciones y funciones que corresponden a un ente público "por relación a los demás", lo que –como manifiesta MUÑOZ MACHADO– contribuye a hacer su actuación más eficaz y evita conflictos²⁴. Esa atribución de funciones, teniendo en cuenta las que ya corresponden a otros entes del sector público, debe servir de límite en la determinación de las tareas que se encomienden a los entes instrumentales. En el caso de los entes públicos instrumentales estatales y autonómicos, al menos sus fines generales vendrán determinados en su ley de creación, pero la concreción de sus funciones y competencias se realizará en sus correspondientes Estatutos²⁵. Queda, pues, en manos del poder ejecutivo su determinación y con ella la delimitación de su capacidad de actuación. La clarificación de las competencias que corresponden a cada Administración pública y a sus órganos, así como, a los entes instrumentales, resulta esencial para evitar duplicidades y controlar el gasto público²⁶.

Relacionado con el principio de competencia y derivado del principio de eficacia se encuentra el principio de no duplicación de estructuras administrativas con la creación de entes instrumentales. Este principio que aparece recogido respecto a los órganos administrativos en el art.11.3 de la LRJA-PAC, no se encuentra previsto en la LOFAGE²⁷ ni en la LBRL. No obstante, el mismo aparece reflejado en la *Ley de la Administración de la Junta de Andalucía*, en la que se establece la prohibición de duplicación de la organización administrativa mediante la creación de entes instrumentales, debiendo suprimirse o reducirse debidamente las funciones o competencias de las Administraciones o Entidades ya existentes²⁸. Tengamos en cuenta que el principio de cooperación interadministrativa y las técnicas de alteración de competencias (delegación, encomienda de gestión...) deben reivindicarse como principios y técnicas útiles para evitar duplicidades administrativas.

²⁴ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, 2006, p.530.

²⁵ Son los límites formales a la actuación de las Administraciones públicas a que se refiere SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009):297.

²⁶ ESTEVE PARDO, J.(2014): 143.

²⁷ No obstante, sí es cierto que el art. 31 de la LOFAGE se refiere a la prohibición de duplicación de estructuras administrativas tanto en la propia Administración General del Estado- duplicidad de órganos administrativos- "como con otras Administraciones públicas", pero se ciñe exclusivamente a duplicidades respecto a las Comunidades Autónomas o a las Corporaciones locales, sin aludir a las duplicidades que pueden surgir como consecuencia de la creación de entes instrumentales.

²⁸ Art.50.2 de la Ley 9/07, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Si el principio de competencia y el de no duplicación de la organización administrativa rige la creación de entes instrumentales, el principio de dirección y control debe tenerse en cuenta una vez que aquellos han sido creados. Así, la autonomía de gestión que caracteriza a los entes instrumentales no impide que los mismos se relacionen con la Administración matriz en virtud del principio de dirección y control, que supone que esta Administración ejerza una potestad de dirección respecto de los organismos públicos que se le adscriban o que supervise su actividad²⁹ y, en su caso, adopte las medidas preventivas, reparadoras o correctoras en defensa de los fines públicos que se le han encomendado³⁰. No obstante, este control interno, realizado por el mismo órgano del que parte la propuesta de creación del organismo público parece restar eficacia al mismo.

Por otro lado, con el objeto de asegurar una relación coherente entre la Administración matriz y sus entes instrumentales se debe tener en cuenta el principio de coordinación. Este principio implica la posibilidad de adoptar decisiones de obligado cumplimiento, aunque no puede limitar en exceso la autonomía garantizada a dichos entes. Esta técnica de coordinación debe venir expresamente prevista en una norma jurídica, pudiendo deducirse la misma de la “dependencia o vinculación” que los entes instrumentales tienen respecto de la Administración territorial que los crea. Su ejercicio se lleva a cabo a través de un órgano colegiado, la aprobación de planes y programas donde intervienen las Administraciones coordinadas, o la emisión de informes vinculantes³¹. Este principio resul-

²⁹ Vid, GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013):180 y ss; ESTEVE PARDO, J.: (2013): 146-147; SÁNCHEZ MORÓN, M. (2013): 413. El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de julio de 2008 ha entendido que las relaciones entre la Administración matriz y el ente institucional (AENA) se reducen a las potestades de dirección, evaluación y control, aprobación del Plan anual de objetivos, o sea, funciones que entran dentro de “directrices generales” pero no se refieren a actuaciones concretas en supuestos determinados.

³⁰ En este sentido, el art. 43 apdos.2º y 3º de la LOFAGE; los art. 2 y 31 de la Ley de Agencias Estatales.

También el art. 63 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía atribuye a la correspondiente Consejería o entidad a la que estén adscritas, el control de eficacia de las agencias, al objeto de comprobar el grado de cumplimiento de objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados. Por su parte, en el ámbito local corresponde a las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la Entidad Local realizar controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de gestión de sus recursos humanos, y el control de eficacia (arty.85 bis, apdo.1º, f, i) LBRL)

³¹ Muestra de esta labor de coordinación la constituye: 1) el hecho de que los organismos autónomos estatales estén obligados a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el Ministerio de Administraciones Públicas y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones se adopten en aplicación del régimen específico de personal establecido en su ley de creación (art.47.4

ta idóneo para que se garanticen los fines y funciones públicas que se le asignan a los entes instrumentales y que pertenecen a la Administración matriz³².

B. Los principios de eficacia, racionalización administrativa y buena administración.

Junto a los citados principios centrados en las relaciones entre Administraciones territoriales y entes públicos, en la creación de éstos últimos debe tenerse en cuenta el principio de eficacia, del que forma parte el principio de racionalización administrativa y de estabilidad de las finanzas públicas y del que deriva el principio-derecho-deber a una buena administración, que rigen la actuación administrativa, y que se configuran como principios estructurales de dicha actuación³³. El principio de eficacia en la actuación administrativa³⁴, elevado a principio constitucional³⁵, exige atender a las necesidades de prestación de servicios que requieren los ciudadanos, obteniendo el máximo rendimiento de los recursos disponibles y valorando la actuación administrativa en términos económicos, o sea, el compromiso de gasto que conlleva la prestación de aquellos servicios. Precisamente el fundamento de la creación de Entes públicos descentralizados está en el cumplimiento del principio de eficacia, que se considera que se satisface mejor con una organización especializada³⁶. Así, los principios de racionaliza-

LOFAGE); 2) la autorización para la celebración de contratos que excedan de determinadas cuantías (art.49.2 y 57.2 LOFAGE); 3) la determinación y modificación de las condiciones retributivas del personal al servicio de una Entidad Pública Empresarial, la cual requerirá informe conjunto, previo y favorable, de los Ministerios de Administraciones públicas y Economía y Hacienda (art.55.3 LOFAGE); 4) obligación de las Agencias estatales de informar al Ministerio de Administraciones públicas y de Economía y Hacienda de la ejecución y cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión (art.15.3 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales).

³² Esa labor de coordinación no sólo puede ejercerla la Administración matriz, sino que, excepcionalmente, la LOFAGE admite que existan Entidades Públicas Empresariales cuyos Estatutos le asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza (art.43.3 de la LOFAGE). Este tipo de entes públicos pueden coordinar las actuaciones de otras Entidades Públicas Empresariales o incluso de Empresas Mercantiles.

³³ Vid, ESTEVE PARDO, J (2013):.91.

³⁴ PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración. Tres estudios*; Ministerio de la Presidencia, BOE, Madrid, 1995.

³⁵ Art. 103 CE y art. 3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁶ "La buena administración se logra asumiendo hasta lo más profundo que el dinero público es sagrado, lo que implica prepararse para funcionar de manera que no se dilapide ni un céntimo" como sostiene el profesor MARTÍN RETORTILLO, L.: "De los derechos humanos al derecho a

ción administrativa y de estabilidad de las finanzas públicas también forman parte del principio de eficacia³⁷. Los mismos han sido consagrados en la *Ley de Economía Sostenible* como principios que deben regir la actuación, no solo de las Administraciones públicas, sino de los poderes públicos en sus respectivos ámbitos de competencia para impulsar la sostenibilidad de la economía española³⁸. Ambos principios se encuentran estrechamente relacionados con el derecho a una buena administración³⁹. Uno de los condicionantes para la creación de entes públicos es el financiero, o sea, la necesidad de que quede previamente consignada en el Presupuesto la correspondiente partida de gasto a que su creación dará lugar⁴⁰. La estabilidad presupuestaria se convierte así en un requisito *sine qua non* de dicha creación, pero a la vez, a raíz de la crisis económica que padecemos, se ha erigido en el principio clave para llevar a cabo la racionalización administrativa, centrada entre otros aspectos en la reducción de entes instrumentales, como más adelante analizamos. Ello se traduce en un aumento del poder de control por parte del Ministerio competente en materia de Hacienda en la reorganización administrativa, con una clara tendencia a la limitación en su crecimiento, pero donde, sobre todo, el Ministerio o Consejería con competencias sobre Administración pública debe partir de una adecuada planificación en la reordenación del sector público ya existente⁴¹.

una buena administración”, en la obra colectiva *El Derecho a una buena administración y ética pública*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011 (pag.53). GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.(2013): 78-79 y 171; SÁNCHEZ MORÓN, M.(2013): pp.409-410.

³⁷ El importante papel que en materia de racionalización administrativa corresponde al Ministerio de Administraciones públicas y al Ministerio de Hacienda justifica la creación del nuevo Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, a cuya Dirección General de Organización Administrativa y Procedimiento le corresponde “el ejercicio de las funciones de análisis y evaluación de las estructuras organizativas de la Administración General del Estado y sus organismos públicos; la elaboración de disposiciones de carácter organizativo, así como, la realización de estudios y propuestas organizativas dirigidas a la racionalización y mejora de la eficiencia de las estructuras administrativas” (Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, de Restructuración de Departamentos Ministeriales).

³⁸ Art.3 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

³⁹ ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M^a: “El derecho ciudadano a una buena administración” en la obra colectiva *Derecho de la ciudadanía a una buena administración. Administración electrónica*. Ed. Málaga.es.diputación, 2009, pag. 80 y ss.

⁴⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A (2009):.351.

⁴¹ La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (modificada por la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre) se marca como objetivos: a) garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones públicas; b) fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española; c) y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia presupuestaria.

Derivado del principio de eficacia se sitúa el principio-derecho-deber a una buena administración del que se deduce que la racionalización y la no multiplicación excesiva de organismos públicos y entes instrumentales repercute en una mejor atención a los ciudadanos⁴². El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 16 de marzo de 2005 considera que es consecuencia de dicho principio la óptima gestión de los organismos administrativos⁴³. Además, dicho principio impone una decisión basada en criterios económicos, al menos cuando no se justifiquen las razones para apartarse de dichos criterios, como ha sostenido la Jurisprudencia refiriéndolo a la adjudicación de un contrato⁴⁴.

2. La organización administrativa debe ajustarse a fines de interés general.

La Administración pública se encuentra al servicio de los ciudadanos y, por tanto, su estructura organizativa debe orientarse a la satisfacción de los intereses generales –como ha sostenido RODRÍGUEZ ARANA-⁴⁵. En efecto, la organización administrativa debe tener su fundamento en los fines a los que sirve, que deben ser fines de interés general determinados por ley⁴⁶. Aunque la potestad de organización administrativa se ha calificado como neutral en función de su afectación a otros sujetos⁴⁷, parece claro que la existencia de un aparato organizativo ineficaz sí que afecta desfavorablemente a los ciudadanos, de donde deriva la necesidad de su control. Por ello, siempre que el ente institucional ejerza potestades administrativas tiene que tener la consideración de Administración pública, aplicándosele las garantías que derivan de la LRJA-PAC⁴⁸. Pero además, la atribu-

⁴² ÁVILA RODRÍGUEZ, C.Mª. (2009):80 y ss; RUIZ RICO RUIZ, G.: “El derecho a una buena administración. Dimensión constitucional y estatutaria” en la obra colectiva *El Derecho a una buena administración y ética pública*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011 (pag.73).

⁴³ Vid, RODRÍGUEZ ARANA, J.: “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo”, en la obra colectiva *El Derecho a una buena administración...*, op, cit, pag.105.

⁴⁴ Así lo recoge RODRÍGUEZ ARANA, J.: “Los principios generales del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia administrativa española” en *RAAP* n° 70 (2008, p.52).

⁴⁵ RODRÍGUEZ ARANA, J.: “El Ministerio de Administraciones públicas y la descentralización en España” en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*, en Homenaje al prof. MARTÍN MATEO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.345.

⁴⁶ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: “Ética pública y normativa administrativa” en *RAP* n° 181(2010, pp.10 y ss); SANTAMARÍA PASTOR, J.A: (2009):.297.

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S.(2006):.523.

⁴⁸ Art. 2.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art.53.2, 54 y 60.1 de la LOFAGE. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (2008): 414.

ción de la potestad organizatoria para la creación de entes instrumentales se vincula –como hemos analizado– a una mejor satisfacción o realización de actividades prestacionales o económicas. De ahí la necesidad de controlar el ejercicio de aquella potestad –como potestad discrecional– para evitar la proliferación de entes vinculados o dependientes que no supongan una mejor satisfacción de los intereses generales. Analicemos las técnicas de control de la discrecionalidad y su aplicación al ejercicio de la potestad organizatoria.

III. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA RESPECTO DE ENTES INSTRUMENTALES⁴⁹

En la creación de entes instrumentales convergen la discrecionalidad organizativa⁵⁰ y la discrecionalidad reglamentaria, por cuanto el germen y elementos esenciales en la creación de estos entes u organismos, como hemos analizado, se apoya en una norma de rango reglamentario. O dicho de otra manera, la potestad organizatoria es en gran medida una potestad normativa⁵¹. En consecuencia, una adecuada ordenación de la Administración instrumental debe tener en cuenta los principios que rigen la potestad organizatoria y la actuación administrativa, a que nos hemos referido, pero a la vez debe estar sujeta a control de la discrecionalidad que entraña la decisión de su creación, modificación o supresión y de la discrecionalidad reglamentaria.

⁴⁹ Vid, entre otros, BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA (2001):405 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (2008):473 y ss; SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009):336 y ss; TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 3^o ed, 1999.

⁵⁰ Es abundante la Jurisprudencia que ha afirmado el carácter discrecional de la potestad organizatoria. Así, por ejemplo, en la sentencia de 25 de noviembre de 1993 (Pte. J. Rodríguez Zapata Pérez, fj.4^o), se afirma el carácter discrecional de la potestad organizativa al existir en la misma un amplio margen de estimación subjetiva en la apreciación de las necesidades de interés público; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de enero de 2005 (Pte. M^a Abelleira Rodríguez), sostiene que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que en materia organizativa la Administración goza de un amplio poder que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada para el cumplimiento de su misión. O sea, se califica como potestad discrecional que puede ser controlada analizando si su ejercicio se ajusta a los hechos que la determinan, no incurrir en arbitrariedad y no poder servir a fines distintos de los que la justifican; en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1999 (Pte. Mariano Baena del Alcázar, fj.2^o), el Tribunal afirma el sometimiento del ejercicio de la potestad organizativa al derecho (art.9.1 y 103.1 CE), sin que pueda incurrirse en desviación de poder.

⁵¹ Vid, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.(2009):.348.

1. Técnicas de control de la discrecionalidad.

La discrecionalidad que conlleva la creación de entes instrumentales supone la posibilidad de optar entre varias decisiones u opciones organizativas dentro del marco de la legalidad pero siempre con el objeto de garantizar la satisfacción de los intereses generales. La cuestión radica en que esa determinación de los intereses generales queda en manos de la Administración cuando ejerce esa potestad discrecional⁵². Esta decisión debería estar basada en una "eficaz" satisfacción de dichos intereses, lo que implica no solo tener en cuenta una mayor proximidad a los ciudadanos, una mejora del servicio prestado, sino también, un uso eficiente de los recursos disponibles. Así, pues, el control de aquella potestad organizatoria discrecional debe ser un control de eficacia de la actuación administrativa, por exigencia constitucional (art.103 CE).

En la creación de entes instrumentales deben concurrir los hechos determinantes, una finalidad pública y el respecto a los Principios Generales del Derecho. Los "hechos determinantes" que habilitan a la Administración para ejercer la potestad –según hemos analizado- debemos deducirlos de la definición que de los organismos públicos da la LOFAGE, por lo que respecta a Organismos públicos estatales. Así, esta Ley justifica la organización descentralizada funcionalmente cuando sea necesario para "la realización de actividades de ejecución o gestión, que pueden ser administrativas, de fomento o prestación o de contenido económico, por las características que presenten las mismas".

Con más claridad se pronuncia la *Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*, que al definir las entidades instrumentales de Andalucía se refiere a aquellas que tengan por "objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a los ciudadanos". El hecho determinante para la creación de este tipo de entidades debe ser la existencia de actividades con características especiales y razones de eficacia que justifiquen una autonomía en la gestión, así como, la proximidad a la ciudadanía. Claro que la apreciación de esas razones de eficacia en la gestión del servicio corresponde realizarla a la Administración pública. Eficacia que deberá valorarse en función de criterios razonables donde deben tenerse en cuenta el eficaz uso por la Administración de los recursos económicos, materiales y personales disponibles. En última instancia corresponde a los tribu-

⁵² MUÑOZ MACHADO, S.(2006):530-531.

nales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el control de los hechos determinantes⁵³.

En segundo lugar, junto a los hechos determinantes, la creación de entes instrumentales debe obedecer a la finalidad pública prevista en la legislación estatal, autonómica o en la normativa local, finalidad pública que hemos de identificar con la necesidad de atender actividades de ejecución o gestión o de contenido económico de forma más eficaz a través de la descentralización funcional que si se realizasen por la Administración matriz. Nunca en virtud de cualquier otra finalidad pública o privada. Así la creación de entes instrumentales con el objeto de burlar los superiores controles que conlleva el Derecho Administrativo, podría suponer una desviación de poder si dicha creación no supusiera una más eficaz gestión de los servicios o actividades descentralizadas⁵⁴.

En tercer lugar, los Principios Generales del Derecho constituyen límites a las potestades discrecionales y a la potestad reglamentaria, por lo que el respeto a los mismos, y de forma destacada al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) sería alegable cuando la descentralización funcional carezca de todo fundamento razonable. También, el principio de proporcionalidad aplicado tanto respecto de la necesidad o no de crear un Organismo, valorando los fines que se pretenden conseguir y los medios que se van a utilizar, como en relación al tipo de ente instrumental que se va a crear, puede derivar en la consideración de vulneración de aquel principio cuando los objetivos a alcanzar con las actividades de gestión o económicas exijan un gasto desproporcionado no asumible por la Administración. Ello podría suponer que ese ejercicio de la potestad organizatoria superara el conocido test de idoneidad y de necesidad que sirve para medir si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone y que además es necesaria en el sentido de que es la alternativa menos gravosa para alcanzarlo. A la vez que la medida descentralizadora no va a provocar desventajas (p.ej. endeudamiento de la Administración) que no son compensables con los beneficios que se obtengan.

El problema que plantea la utilización de técnicas de control de la discrecionalidad radica en que el uso de la potestad organizatoria respecto de entes ins-

⁵³ Vid, ESTEVE PARDO, J.(2013):98-99; LEGUINA VILLA, J.: “Principios Generales del Derecho y Constitución” en *RAP* n° 114 (1987, pp.7 y ss); LÓPEZ MENUDO, F.(1992):22; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2009; MUÑOZ MACHADO, S.(2006):565 y ss.

⁵⁴ Sobre la desviación de poder, entre otros: MUÑOZ MACHADO, S. (2006):573, 580- 581.

trumentales y, en especial en cualquier nivel organizativo, ha permanecido al margen de la ciudadanía, como lo demuestra el hecho de las escasas impugnaciones jurisdiccionales relacionadas con la creación, modificación, refundición o extinción de dichos entes. Es en época de crisis económica cuando se empieza a tomar conciencia de en qué se gasta el dinero público, y las impugnaciones surgen precisamente cuando los poderes públicos optan por el "repliegue de entes instrumentales".

2. Control de la potestad organizatoria como potestad normativa: los principios de buena regulación

La incidencia que la potestad reglamentaria presenta respecto del régimen de creación, modificación y supresión de entes instrumentales nos lleva a analizar el procedimiento de elaboración de reglamentos. También en este procedimiento encontramos límites a la decisión de racionalización de entes instrumentales⁵⁵.

El art.24.1.a) de la L.Gob prevé que el proyecto de reglamento se acompañará con un "informe sobre la necesidad y oportunidad de aquel, así como, una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar"⁵⁶. La relativización que de la falta de este requisito viene realizando la Jurisprudencia⁵⁷ exige de un cambio de criterio con el objeto de atender a la sostenibilidad económica a que se refieren los artículos 3 y 5 de la *Ley de Economía Sostenible*⁵⁸. Tengamos en cuenta que aunque el Reglamento no exige de motivación, su justificación se erige en el elemento esencial para un futuro control judicial de su posible arbitrariedad⁵⁹.

⁵⁵ Hay que tener en cuenta que los Estatutos de los Organismos públicos, su Plan inicial de actuación, la extinción de algunos organismos públicos ... se sujeta a la aprobación de un reglamento.

⁵⁶ En la misma línea, respecto de los proyectos de ley, la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (L.Gob) contiene determinaciones sobre su elaboración que son de gran relevancia en cuanto al control de la discrecionalidad organizativa. Así, la necesidad de acompañar el proyecto de ley "por la memoria, los estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo..., así como, una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar"(art. 22.2 de L.Gob). Vid, la regulación por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, de la Memoria de impacto normativo, en la que entre otros aspectos deben figurar "la oportunidad de la propuesta" y "el impacto económico y presupuestario, incluido el efecto sobre la competencia". Entre otros autores, BERMEJO LATRE, J.L: "Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas" en *REDA* n° 124 (2004, pp.611 y ss); SANTAMARÍA PASTOR, J.A (2011):269 y ss.

⁵⁷ Vid, STS de 2 de diciembre de 2005.

⁵⁸ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (2008): 207.

Inciendiando en la necesidad de mejorar la regulación procedente de las Administraciones públicas, la *Ley de Economía Sostenible* contiene un buen número de principios de buena regulación, algunos de los cuales deben servir de parámetro para controlar la discrecionalidad reglamentaria que subyace en el ejercicio de la potestad de organización de entes instrumentales⁶⁰. El art. 4 de dicha ley establece que “*en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de Administraciones públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia*”. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, mientras que según el principio de proporcionalidad, dicha iniciativa deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado. En aplicación del principio de eficacia la iniciativa normativa debe partir de la identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias para la consecución de esos objetivos.

Consideramos que el principio de necesidad, proporcionalidad y eficacia aplicados a la iniciativa normativa que corresponde a la Administración estatal, autonómica o local en la creación de entes instrumentales supone la necesidad de justificar que existen unas actividades o servicios que deben prestarse para satisfacer el interés general de forma descentralizada y que dicha prestación es el instrumento más adecuado para atender aquel interés general. La ponderación de qué actividades requieren de una gestión descentralizada, así como, que dicha descentralización y el tipo de organismo elegido es el “instrumento más adecuado” para satisfacer el interés general debe justificarse en función de las ventajas que se adquieran con la autonomía de gestión, la proximidad al ciudadano que se consigue, la eficacia en la aplicación de recursos públicos y las garantías de los derechos de los ciudadanos en la prestación de esos servicios o actividades.

El gasto público que supone la descentralización funcional es un aspecto que debe venir determinado en la norma reglamentaria que aprueba los Estatutos y debe tener también reflejo en el proyecto de ley que se remite a las Cortes cuando se trate de organismos creados o autorizados por Ley.

⁶⁰ El principio de buena regulación y la incorporación de una evaluación económica en la elaboración de normas jurídicas son algunos de los efectos de la crisis económica en el Derecho público como ha puesto de manifiesto BASSOLS COMA: “La crisis económica y sus repercusiones en el derecho público económico; el principio de buena regulación económica, supresión de cargos administrativos y constitución en la estabilidad presupuestaria” en *Noticias de la Unión Europea* n° 325 (2012), pp. 3 y ss.)

IV. RACIONALIZACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y REDUCCIÓN DEL GASTO PÚBLICO A TRAVÉS DE LA REDUCCIÓN DE ENTES INSTRUMENTALES⁶¹

1. El principio de sostenibilidad financiera y de estabilidad presupuestaria: fundamento para la reducción de entes instrumentales.

La flexibilidad existente para la modificación, refundición y extinción de entes instrumentales, y en el ámbito local su reciente imposición obligatoria en algunos supuestos, unido a la discrecionalidad que caracteriza a la potestad organizatoria, está permitiendo que las Administraciones territoriales inicien una tendencia hacia la reducción del aparato organizativo instrumental⁶². Reducción que viene impulsada y fundamentada en el principio de sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas -consagrado en el art.32 de la *Ley de Economía Sostenible* (LES)-, o sea, la capacidad para financiar los compromisos de gasto presente y futuros, a cuyo logro deben contribuir todas las Administraciones públicas. Este principio que tiene una gran relevancia en la supresión y modificación de entes instrumentales no es algo nuevo, como ya hemos analizado. En la creación de estos entes, por mor del principio de eficacia, deben tenerse en cuenta los aspectos financieros – que controla el Ministerio, Consejería o Concejalía con competencia en Economía y Hacienda-, y se entiende que esa valoración no se realiza sólo respecto del momento de su creación sino que se hace un análisis de futuro, de las consecuencias económico-financieras que derivan de su creación para el futuro.

⁶¹ Sobre la necesaria modernización de la Administración pública, vid, entre otros: MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: “Crisis económica y transformaciones administrativas” en *REDA* n° 153 (2012, p.106); RODRÍGUEZ ARANA, J: *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2003, pp. 378 y ss; JORDANO FRAGA, J. “El Derecho Administrativo de la crisis” en *Crisis económica y crisis del estado del bienestar. El papel del D° administrativo* (coor. Piñar Mañas) Ed. Reus, Madrid 2013 (p. 133). ESCUÍN PALOP, C.: “La reordenación del sector público. Análisis particular de la reorganización valenciana”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* n° 46 (2013, pp. 41 y ss). ORTEGA ÁLVAREZ, L: *Crisis y externalización en el sector público ¿solución o problema?* INAP, 2012; SOCIAS CAMACHO, J.M: “Huida del Derecho Administrativo y racionalización administrativa en el sector público instrumental”, *REDA* n° 161, 2014, pp.263 y ss. Sobre racionalización del sector público se puede consultar las interesantes reflexiones de VILLAR ROJAS, F.: “Crisis económica-financiera: crisis de la Administración pública” en la obra colectiva *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego. Atelier Administrativo* (Coord. Andrés González), p. 70 y ss.

⁶² Reducción considerada necesaria, entre otros, por MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. (2012): 16.

Para lograr esa sostenibilidad financiera, la citada Ley prevé varias medidas de obligado cumplimiento para las Administraciones públicas. Estas medidas consisten en la aplicación de una política de racionalización y contención del gasto⁶³; en el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria; la valoración de los efectos y repercusiones que conllevan todo de tipo de actuaciones administrativas, principalmente relacionadas con la capacidad de financiación de gastos presentes y futuros; y la aprobación de un Plan de Austeridad por la Administración General del Estado⁶⁴.

Por lo tanto, de las previsiones de la LES se deduce que el principio de sostenibilidad de las finanzas públicas o capacidad para financiar gastos presentes y futuros, descansa en un principio marco cual es la racionalización y contención del gasto⁶⁵. Para dar cumplimiento a dichos principios las Administraciones públicas deben incidir, entre otros aspectos, en su estructura organizativa y de for-

⁶³ Política que se articula mediante varias acciones: a) exigiendo a las Administraciones públicas que todo gasto sea evaluado atendiendo a los principios de eficacia y simplificación de los servicios prestados, incentivando la productividad del sector público. Se trata de hacer más con menos; b) realizando una prestación eficiente de los servicios públicos. Para ello la LES insta al Estado a que promueva la colaboración entre Administraciones públicas para mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos; c) a ello se suma una llamada a la cooperación interadministrativa que se desarrollará a través de la información sobre las medidas adoptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda para garantizar la sostenibilidad financiera a las CCAA y Entes locales, y el impulso del Gobierno para que CCAA y Entes locales adopten medidas de racionalización y contención del gasto público, en especial en el marco de los Planes de Reequilibrio financiero previstos en la normativa de estabilidad presupuestaria (art.32.2, 3 de la Ley de Economía Sostenible).

⁶⁴ Plan de Austeridad con el que se pretende equilibrar el nivel de ingresos y gastos, programando la sostenibilidad del gasto a lo largo del tiempo. Dicho plan conllevará el análisis y revisión de todas las políticas de gasto y “la racionalización de las estructuras de la Administración General del Estado y del sector público empresarial estatal” con el objeto de adecuar la organización administrativa a los principios de eficiencia y economía en la programación del gasto. El Gobierno dará cuenta anualmente al Congreso de la implantación de dicho plan (art.34 LES). A su vez, las Sociedades Mercantiles estatales y las Entidades públicas empresariales adaptarán su gestión al principio de sostenibilidad financiera y principios derivados ya analizados, para lo cual deben adaptar sus planes estratégicos de actuación (art.35 LES).

⁶⁵ El art. 31 de la CE ya recoge el principio de economía en el gasto público, el cual debe tener su reflejo en un ámbito tan relevante como es la organización administrativa. Vid, CABEZUDO VALENCIA, D.: “Administraciones publicas. Reordenación y racionalización. Estabilidad presupuestaria”, en *La Administración pública: enciclopedia de administración municipal*, nº9 (2012, pp.818 y ss); MELLADO RUÍZ, L.: “Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativa”, en *Noticias de la Unión Europea* nº 317 (2011, pp.73 y ss); RIVERO ORTEGA, R.: “Medidas para la sostenibilidad administrativa (austeridad, transparencia, eficiencia, racionalización). Análisis crítico de los arts.32 a 36 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo” en *Unión Europea* nº 62 (2012, pp.32 y ss).

ma especial, por su acusado crecimiento, en sus entes instrumentales, como -a modo de modelo- lo pone de manifiesto la LES cuando alude al Plan de Austeridad de la AGE o se refiere a los principios de deben regir la gestión de las Sociedades Mercantiles y Entidades públicas empresariales del Estado. La intervención en este tipo de entes debe ir referida tanto a la creación de nuevos organismos como a la posible supresión o extinción de aquellos cuyas actividades o servicios puedan ser prestados por la Administración matriz o en colaboración con otras Administraciones públicas de manera más eficiente. En la decisión sobre creación o extinción de entes instrumentales se tendrá en cuenta de forma principal la "evaluación del gasto" de conformidad con los principios de eficacia y simplificación de los servicios prestados, eficiencia en la prestación de los servicios públicos, cooperación interadministrativa y valoración de las repercusiones económicas que tiene dicha actuación administrativa.

El logro de la sostenibilidad financiera exige también el cumplimiento de otros principios como el de estabilidad presupuestaria como dispone la LES; principio posteriormente elevado a rango constitucional en el art.135, que prevé que la estabilidad presupuestaria obliga a todas las Administraciones públicas, prohibiendo el déficit estructural para el Estado y las CCAA y exigiendo el equilibrio presupuestario para las Entidades locales⁶⁶. Dichos principios de sostenibilidad financiera y de estabilidad presupuestaria han sido desarrollados en la *Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*⁶⁷ que define la estabilidad presupuestaria como la posición de equilibrio financiero o superávit estructural para las Administraciones públicas (administraciones territoriales y de la Seguridad Social), o el equilibrio financiero para el resto de entes integrantes del sector público (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de una Administración pública); a la vez

⁶⁶ Al respecto de este principio, vid, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: "La reforma del art. 135 de la Constitución española" en *RAP* n° 187 (2012, pp. 45 y ss); GARCÍA MONCÓ, A. y FALCÓN Y TELLA, R.: "La reforma del art.135 de la Constitución" en *Revista General de Derecho Europeo* n° 25 (2012, pp.5 y ss); MARTI DEL MORAL, A.: "La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria" en la obra colectiva *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local* (Dir. Cosculluela Montaner y Media Alcoz), ed. Thonson-Reuter, Civitas, Navarra, 2012 (pp.271 y ss).

⁶⁷ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (modificada por la Ley Orgánicas 4/2012, de 28 de septiembre). Como desarrollo de las previsiones de esta Ley se aprueba el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en cuyo Título I se recogen medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones públicas que afectan al personal y a las retribuciones pero que no se refieren expresamente a una reordenación del sector público instrumental.

que considera que la sostenibilidad financiera es “la capacidad para financiar compromisos de gastos presentes y futuros *dentro de los límites de déficit y deuda pública*”. De ello resulta que sin estabilidad presupuestaria, no puede haber sostenibilidad financiera.

Pero no son estos los únicos principios que impone la citada Ley a las Administraciones públicas y que inciden en la creación, pero sobre todo, modificación y supresión de entes instrumentales. También se prevé el principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos⁶⁸ y la necesaria valoración de las repercusiones y efectos de toda actuación administrativa (normativa, actos administrativos, contratos...) que incida en los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, la cual deberá cumplir las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁶⁹.

2. La racionalización del sector público instrumental estatal, autonómico y local

El Estado viene aprobando varios Planes con el objeto de reducir el gasto público en la Administración General del Estado, que entre otras medidas establecen la reducción del sector público empresarial y fundacional con el objeto de configurar un sector más reducido, racional y eficiente, acorde con los objetivos de reducción del gasto público. En esta línea se adopta el *Plan de Acción Inmediata y Plan de Austeridad de la Administración General del Estado para el periodo 2011-2013*⁷⁰, que establece como medida para reducir el gasto público la aprobación por el

⁶⁸ Dicha eficiencia pasa por una planificación plurianual y de programación presupuestaria de las políticas de gasto, así como, por una mejor y más eficiente gestión de los recursos públicos, aplicando políticas de racionalización del gasto.

⁶⁹ Art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (modificada por la Ley Orgánicas 4/2012, de 28 de septiembre).

⁷⁰ Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010, por el que se aprueba el Plan de Acción Inmediata y Plan de Austeridad de la Administración General del Estado para el periodo 2011-2013; en el mismo se contiene: a) un Plan de Acción Inmediata para el año 2010 dirigido a reducir el gasto presupuestado inicialmente en un 0,5% del PIB y la oferta de empleo público en un 10% de la tasa de reposición de efectivos, sin que se realice ninguna nueva contratación de personal interino; b) un Plan de Austeridad para el periodo 2011-2013 con el que se persigue un recorte generalizado del gasto en todas las partidas salvo algunas excepciones (pensiones, prestaciones por desempleo...); para ello se propone que el Gobierno apruebe un plan de reestructuración del gasto público que conlleve la revisión de los programas de gasto, la racionalización de las estructuras administrativas y del sector público empresarial; y c) la aprobación de un Acuerdo Marco sobre la Sostenibilidad de las Finanzas públicas en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera, lo que conllevará para las CCAA una doble obligación, la de aprobar un plan de reestructuración del gas-

Gobierno de un Plan de Austeridad que incida en la *racionalización de las estructuras administrativas y del sector público empresarial*, así como, la aprobación de un Acuerdo Marco sobre Sostenibilidad de las Finanzas públicas dirigido a las CCAA y a los Entes locales. Para dar cumplimiento al citado Plan, unos meses más tarde se adoptan sendos acuerdos del Consejo de Ministros por los que se aprueba el *Plan de Racionalización de Estructuras de la Administración General del Estado, reducción de altos cargos y reordenación del sector público empresarial* y el *Plan de Racionalización del Sector Público Empresarial Estatal*⁷¹. Más recientemente se añade el *Plan de Restructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal*⁷² que se fundamenta en los principios constitucionales de eficiencia, economía y estabilidad presupuestaria, consagrados en el art.31.2 y 135 de la CE, respectivamente⁷³. Como puede apreciarse, en el ámbito estatal las medidas de racionalización de entes instrumentales han afectado casi exclusivamente a los de naturaleza privada.

Toda esta planificación dirigida a la reducción del sector público empresarial se justifica en un *"incremento sin parangón del sector público empresarial y fundacional en el ámbito autonómico y local, y de otro, la existencia en el sector público empresarial y fundacional estatal con duplicidades y solapamientos en las estructuras societarias junto con ineficiencias ope-*

to público y la de informar al Consejo trimestralmente sobre los gastos realizados y pendientes de aplicar al presupuesto de cada ejercicio; dicho Acuerdo de Sostenibilidad también se propondría a los Entes locales a través de la Comisión de Administración Local

⁷¹ Acuerdo de 30 de abril de 2010 por el que se aprueba el Plan de Racionalización de Estructuras de la Administración General del Estado, reducción de altos cargos y reordenación del sector público empresarial y Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010, por el que se aprueba el Plan de Racionalización del Sector Público Empresarial Estatal. El primero de ellos se marca como objetivos la racionalización de las Fundaciones del sector público estatal, la reducción de representantes en consejos de administración de las Sociedades Estatales y entes públicos empresariales y la reordenación del sector público empresarial y reducción de sus puestos directivos; el segundo, pretende, además de la reducción de cargos directivos y consejeros, la reordenación del sector público empresarial mediante la limitación del número de sociedades públicas, a través de su fusión o extinción.

⁷² Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba dicho Plan.

⁷³ Con este Plan se prevé actuar sobre 80 Sociedades mercantiles. A ello se suma la previsión de supresión o fusión de 9 Fundaciones estatales y la eliminación de 154 cargos directivos. A dichas medidas que se pretenden cumplir a corto plazo se unen otros programas a largo plazo como: a) la reorganización en profundidad del sector público empresarial, para lo que se crean dos grupos de trabajo para la presentación de propuestas, y b) la racionalización del sector fundacional estatal mediante operaciones de supresión o fusión. Para llevar a cabo estas propuestas las citadas Sociedades deben aprobar un Plan de Redimensionamiento de sus estructuras organizativas, que no puede implicar aumento de la masa salarial.

rativas que conllevan incremento del gasto". O sea, esa llamada "racionalización administrativa" está guiada por parámetros de ahorro de gasto público, como se deduce de los principios que inspiran el último Plan de Reestructuración comentado, los principios de "eficiencia y economía del gasto público" y el de "estabilidad presupuestaria". Sin poner en cuestión la validez de dichos principios para proceder a reordenar los entes instrumentales de las Administraciones públicas, lo cierto es que se echa en falta la referencia al más amplio principio de la "eficacia en la actuación administrativa" también de rango constitucional (art.103 CE), que debe regir tanto la creación como la modificación o extinción de entes instrumentales, orientada siempre hacia la mejor satisfacción de los intereses públicos. En caso contrario, se corre el riesgo de mermar la calidad de los servicios que se prestan a los ciudadanos, cuando no de eliminarlos. Y al igual que ahora se pone de manifiesto con meridiana claridad el despropósito y la falta de justificación que tuvo la creación de un sector público excesivo, en un futuro podemos estar percatándonos de la pérdida de servicios esenciales irremplazables por el sector privado. Por ello, la reestructuración de dicho sector público debe hacerse paulatinamente y sopesando los principios económico-financieros con los principios de eficacia en la actuación administrativa mediante una adecuada y consensuada planificación de dicha reordenación del sector público en todas las Administraciones públicas.

Para incidir en esa racionalización administrativa del sector público estatal se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones públicas (CORA)⁷⁴ en la que están representados todos los Departamentos Ministeriales. Esta Comisión se compone por cuatro subcomisiones: la Subcomisión de duplicidades administrativas, la Subcomisión de simplificación administrativa, la Subcomisión de gestión de servicio y medios comunes y la Subcomisión de Administración institucional⁷⁵. La citada Comisión ha elaborado el informe sobre la reforma de las Administraciones públicas de 2013, denominado "informe CORA", donde tanto la Subcomisión de duplicidades administrativas como la Subcomisión de Administración Institucional han realizado importantes propuestas que afectan a la racionalización del sector público o "adelgazamiento" de la Administración pública, como también se ha denominado. Destaca en este informe la reivindicación

⁷⁴ Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, por el que se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones públicas, que se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Esta Comisión tiene como plazo para la conclusión de los trabajos el 30 de junio de 2013.

⁷⁵ En ésta última Subcomisión, además del estudio de los distintos tipos de entes que la componen, se pretende revisar su marco normativo, planteando las modificaciones que convengan en la lista de Entidades existentes.

del principio “una Administración una competencia”, la necesidad de incidir en la racionalización de la Administración Institucional y del sector público empresarial y fundacional del Estado y de llevar a cabo la reforma local. Consecuencia de las propuestas realizadas en el citado informe se han aprobado diversas normas para profundizar en la racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal⁷⁶, que se suman a las medidas ya adoptadas en el marco del Plan de Reestructuración y Racionalización de dicho sector.

Además del carácter ejemplarizante que para las CCAA y Entes locales tiene la planificación estatal en materia de reordenación del su sector público, en cumplimiento de las previsiones que recogía el *Plan de Acción Inmediata y Plan de Austeridad de la Administración General del Estado para el periodo 2011-2013*, el Consejo de Política Fiscal y Financiera⁷⁷ aprueba el *Acuerdo Marco con las CCAA y Ciudades con Estatutos de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas 2010-2013*⁷⁸ que recoge entre los compromisos asumidos por las CCAA y Ciudades Autónomas la aprobación, en un plazo de tres meses, de un Plan de Racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativo y empresarial, para mejorar la eficiencia y reducir el gasto público. Profundizando en lo dispuesto en dicho Acuerdo Marco se adopta el *Acuerdo 5/2012, de 17 de enero, del Consejo de Política Fiscal y Financiera* que incide directamente en materia de reordenación y racionalización del sector público empresarial autonómico, así como, en el control, eficiencia y reducción del gasto público que el mismo genera; comprometiéndose el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas a realizar un seguimiento de los compromisos asumidos por las CCAA. Fruto de esos compromisos, aquellas acuerdan la adopción de medidas, planes y disposiciones orientadas a la racionalización de su sector público instrumental⁷⁹. A su vez, el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, a través de la Secretaría General de Coordinación

⁷⁶ Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de Racionalización del Sector Público, mediante el que incide en la fusión de organismos autónomos, integración de medios en la organización ministerial o supresión de consorcios y fundaciones. En la misma línea, la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de Reestructuración y Racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial, que supone la extinción, fusión o pérdida de la condición de 19 fundaciones estatales y la extinción de una sociedad mercantil.

⁷⁷ El Consejo de Política Fiscal y Financiera es el órgano de coordinación entre el Estado y las CCAA en materia fiscal y financiera.

⁷⁸ Acuerdo 1/2010, de 22 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Sobre este Acuerdo, MONTROYA MARTÍN, E.: “Algunas consideraciones...”, op. cit. pp. 97 y ss.

⁷⁹ En el año 2010, la mayoría de las CCAA inicia su proceso de reordenación administrativa. Además de Andalucía –a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe-, Cataluña aprueba el Decreto-Ley 4/2010, de 3 de agosto, de la Generalitat de Cataluña de Medidas de Racionalización y

Autonómica y Local, viene realizando trimestralmente un Informe sobre la reordenación llevada efectivamente a cabo por cada CCAA⁸⁰. Ya son varios los informes sobre la reordenación del sector público instrumental autonómico realizados,

Simplificación de la Estructura del Sector Público de la Generalitat; el Acuerdo de 2 de agosto de 2011 del Govern, sobre medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público, la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de Agilidad y Reestructuración Administrativa, y más recientemente, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat, Regulación de actuaciones y modificaciones reglamentarias de Sociedades mercantiles, entidades de Derecho público y fundaciones del sector público de la Generalitat y fijación para su desarrollo. Posteriormente, en el mes de diciembre de 2010, le siguieron la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de Castilla La Mancha; la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público de Madrid y la Ley 20/2010, de 28 de diciembre, de Concentración empresarial pública de Extremadura. Ya en el año 2011 varias Comunidades Autónomas siguen optando por la simplificación de su Administración Institucional, tal es el caso de Aragón que ha procedido a adoptar medidas urgentes de racionalización del su sector público empresarial (Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre). No obstante, previamente, la reorganización del sector público aragonés tuvo su base normativa en el Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, por el que se crea la Corporación Empresarial Pública de Aragón, SLU, y en la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por su parte, la Comunidad Autónoma Valenciana ha regulado la reordenación de su sector público empresarial y fundacional en el Decreto-Ley 1/2011, de 30 de septiembre, de Medidas Urgentes de Régimen Económico Financiero del Sector Público Fundacional, de 2 de diciembre de 2011, norma a la que siguió la aprobación del Decreto Ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y Racionalización de dicho sector. Previamente se adoptó el llamado Plan de Austeridad, mediante Acuerdo del Consell de 14 de mayo de 2010, que incluía medidas sobre reorganización del sector público valenciano y que fue desarrollado mediante varios decretos en 2010. También, la Comunidad Autónoma Balear y la Comunidad Autónoma de Canarias vienen desde el año 2010 adoptando medidas de reordenación de su sector público. En este sentido, la Resolución de 2 de noviembre de 2010, del Gobierno de Canarias, por la que se aprueba el Acuerdo relativo a las medidas extraordinarias para la reducción del gasto en la actividad administrativa y la gestión de los recursos humanos en la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y fundaciones públicas; o el Plan de Medidas de disciplina Presupuestaria para las empresas públicas y fundaciones, aprobado por el Gobierno de Canarias de 24 de marzo de 2011. La Comunidad Balear ha aprobado la Ley 7/2010, de 21 de julio, del Sector Público instrumental; el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de abril de 2012, por el que se aprueba la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de junio, por el que se aprueba la segunda fase del Proyecto de Reestructuración del Sector público instrumental de las Islas Baleares, entre otras medidas. Más recientemente, la Comunidad Autónoma de la Rioja aprueba su propia Ley 2/2012, de 20 de julio, de Racionalización del Sector público y el Decreto 49/2012, de 27 de julio, de desarrollo. Por su parte, Galicia ha publicado la última norma en esta materia, la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector público autonómico.

⁸⁰Estos informes toman como punto de referencia los datos que constan en el Inventario de Entes dependientes de las CCAA a 1 de julio de 2010, en el que figuran 2404 (sin contabilizar los 40

el último se emite en julio de 2013⁸¹. En el mismo se sostiene que una vez alcanzado el objetivo inicial de "reducción de entes" dado el redimensionamiento del sector público autonómico, se requiere avanzar en la evaluación de los procesos de reordenación mediante el análisis de los efectos económicos y sobre el personal que ha tenido dicha reordenación en los entes subsistentes⁸².

Por su parte, las Entidades locales han visto reforzado y pormenorizado el régimen jurídico de reordenación administrativa de sus entes instrumentales. En el ámbito local -como en ningún otro- se ha regulado por ley, la *Ley de Racionalización de la Administración Local* de 2013⁸³, un proceso de racionalización que impone la disolución obligatoria de entes instrumentales dándose determinados supuestos. Según esta norma el "redimensionamiento" del sector público local pasa por: a) la prohibición para entes locales y organismos autónomos, sujetos a un Plan Económico Financiero o a un Plan de Ajuste, de creación, adquisición o participación en nuevos entes instrumentales, así como, de apoyar a entidades públicas empresariales (EPE) o Sociedades mercantiles con problemas financieros. Se trata de evitar el aumento de endeudamiento; b) la aprobación de un Plan de corrección por todos los entes instrumentales que presenten desequilibrios financieros, en cuyo marco podrán recibir aportaciones del ente local con importantes limitaciones. La no aprobación de dicho Plan implicará su disolución; c) los entes instrumentales en situación de desequilibrios financieros deben adscribirse a un ente local o disolverse.

El estado actual de la racionalización administrativa en los entes instrumentales de la Administración pública revela: a) la necesidad de realizar un segui-

entes en los que participan varias CCAA ni los 33 de Ceuta y Melilla), que engloban a Sociedades mercantiles, Consorcios, Fundaciones y otras instituciones sin ánimo de lucro, así como, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y otros entes dependientes de las CCAA.

⁸¹ Según este informe a 1 de enero de 2013 las CCAA habían extinguido 308 entidades, estando en fase de extinción 246, lo que supone un porcentaje de realización de los compromisos inicialmente asumidos de 108% (554 entidades iban a ser suprimidas sobre las 515 inicialmente comprometidas); a 1 de julio de 2013 el porcentaje se eleva a 119%.

⁸² Siguiendo estos nuevos criterios todas las CCAA, a excepción del País Vasco, Extremadura y La Rioja, han comunicado ahorros por las medidas de reestructuración adoptadas. Destaca el informe que los entes más afectados por las reducciones han sido consorcios, sociedades mercantiles y fundaciones y como actividades las relacionadas con: Administración pública y defensa, actividades sanitarias y servicios sociales, actividades profesionales, científicas y técnicas, y administrativas y servicios auxiliares. Las medidas de racionalización han supuesto una importante reducción de personal (14.241 efectivos).

⁸³ Disposición Adicional Novena de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985.

miento del proceso de racionalización administrativa llevado a cabo por la AGE y por las CCAA, y su aplicación en la Administración local; b) la realización de una “reordenación del sector instrumental” guiada por el impulso, en este caso, por las necesidades económicas, sin valorar el conjunto de principios que deben presidir la potestad de organización administrativa. De ahí la necesidad de un estudio integrado entre el actual proceso de reordenación del sector público y la aplicación al mismo de principios jurídicos administrativos clásicos.

V. LA REORDENACIÓN DE ENTES INSTRUMENTALES EN ANDALUCÍA

1. Medidas y principios aplicables a la reordenación del sector público andaluz.

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha aprobado la *Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público*⁸⁴ con la que se pretende acomodar el sector público andaluz a las nuevas medidas que tratan de garantizar la calidad en la prestación de los servicios públicos a la vez que se tiene en consideración los medios personales y materiales de que se dispone⁸⁵.

Para llevar a cabo dicha reordenación esta Ley fija los principios aplicables e introduce modificaciones en la regulación de los entes instrumentales de la Junta de Andalucía, suprimiendo un importante número de los mismos⁸⁶. El art. 1 de dicha Ley establece como principios generales de dicha reordenación: la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios y la garantía de los derechos e intereses de la ciudadanía. Resulta novedoso que “el principio de simplificación y racionalización de la estructura organizativa” se supedita a los anteriores principios y a la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. Se

⁸⁴ Esta Ley se ha visto modificada por la Ley 11/2011, de 23 de diciembre. Como antecedente, el Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de julio de 2010) y el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, con medidas urgentes para la reordenación del sector público andaluz, así como, las medidas complementarias adoptadas por Decreto-ley 6/2010, de 23 de noviembre.

⁸⁵ Esta Ley se dicta en ejercicio de la competencia autonómica sobre estructura y regulación de los órganos administrativos públicos y de sus entidades instrumentales prevista en el art. 47.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

⁸⁶ MONTOYA MARTÍN, E.: *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, INAP, 2012; FERNÁNDEZ RAMOS, S (2012):40 y ss; REBOLLO PUIG, M.: “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio” en *RAP* n° 161(2003, p.372 y ss); GARCÍA RUBIO F. (Coord): *Estudio sobre empresas públicas*, Ed. DYKINSON, S.L: 2011 (pp.100 y ss).

antepone el interés general de la ciudadanía y la calidad de los servicios al proceso de reordenación administrativa. Entre las modificaciones que introduce a la regulación de la Administración institucional de la Junta de Andalucía, o sea, a la *Ley 9/07, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*, destaca el reforzamiento de las competencias de la Consejería de Hacienda en materia de control económico-financiero del sector público andaluz, en la emisión de informes y, en su caso, autorizaciones para la creación, alteración y supresión de Entes instrumentales de la Junta de Andalucía y consorcios⁸⁷.

A su vez se suprimen o transforman algunos de los entes instrumentales del sector público andaluz⁸⁸. La Ley 1/2011 establecía de plazo hasta el 30 de junio de 2011 para la aprobación y publicación de los Estatutos de las Entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías que se vean afectadas por la misma⁸⁹. En esta reordenación del sector público andaluz se observa una tendencia a suprimir sociedades mercantiles y fundaciones, a la vez que se opta por transformar algunas sociedades mercantiles en agencias públicas empresariales, produciéndose una "administrativización" de aquellos entes del sector público que carecían de naturaleza jurídica administrativa, peculiaridad del sistema de reordenación del sector público instrumental en Andalucía. Esta nueva naturaleza jurídica va a implicar la posibilidad de ejercer "potestades administrativas" que impliquen ejercicio de autoridad pública, las cuales

⁸⁷En especial es necesario informe preceptivo de dicha Consejería para perfeccionar negocios de disposición o administración que impliquen ubicación de sedes o subsedes de consorcios y de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, así como, para destinar inmuebles a dichos usos (Art. 50.3 de la Ley 9/07, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía).

⁸⁸Así, la Agencia Andaluza de Evaluación y Acreditación Universitaria, organismo autónomo, la Sociedad para el Impulso del Talento, Talentia, SLU, y el Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, SAU se extinguen, pasando los bienes y derechos y relaciones jurídicas de estas entidades a la nueva Agencia Andaluza del Conocimiento, como agencia pública empresarial (art. 3 de la Ley 1/2011). En el sector de la obra pública, la actual Gestión de Infraestructuras de Andalucía, SA (ferrocarriles de Andalucía) se transforma en la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, como Agencia pública empresarial (art. 5 de la Ley 1/2011). El Servicio Andaluz de Empleo se configura como una agencia de régimen especial, a la vez que se extingue la Fundación Andaluza de Fondo de Formación y Empleo, cuyos bienes, derechos, obligaciones y relaciones asume la citada agencia. En el sector sanitario, la Empresa Pública Hospital Costa del Sol se transforma en Agencia Pública Empresarial, a la misma se le adscriben varias Empresas públicas: la Empresa Pública Hospital de Poniente de Almería, la Empresa Pública Hospital Alto Guadalquivir y la Empresa Pública Sanitaria Bajo Guadalquivir (art. 9 y 10 de la Ley 1/2011), que adoptarán la forma de Agencia pública empresarial. Además se incide en los entes instrumentales del sector agrario, de servicios sociales, cultural y medioambiental.

⁸⁹Mediante Decretos de 19 de abril de 2011 se aprueban los Estatutos de las citadas Agencias.

están vedadas a las Sociedades mercantiles. A la vez que se produce una centralización de funciones como en el caso del sector agrario. Como ha sostenido ORTIZ MALLOL la reordenación del sector público supone una “vuelta al Derecho Administrativo” como respuesta al momento de crisis económica y financiera que requiere mayores esfuerzos de contención del gasto público⁹⁰.

En el ya citado Informe de Reordenación del sector público autonómico de 1 de julio de 2013, en base a los datos remitidos por la Comunidad Autónoma de Andalucía, se pone de manifiesto que a 1 de julio de 2010 el compromiso inicial de reducción de entes instrumentales era de 110 y que a 1 de julio de 2013, la reducción era de 122, con lo que se ha superado el objetivo inicial, lo que ha sido una constante en la mayoría de las CCAA. Ello revela que si la reordenación se ha llevado a cabo teniendo en cuenta los principios anteriormente indicados, hasta el año 2010 los servicios prestados por los entes suprimidos o fusionados se venían prestando de forma ineficiente, bien sea en términos de gasto público (podían prestarse con menor gasto) o de calidad de los servicios prestados. Frente a la “huida del Derecho Administrativo” que supuso la creación de entidades públicas sujetas al Derecho privado (Sociedades mercantiles y fundaciones) se impone ahora una centralización administrativa o retorno de competencias, que, sin perjuicio de los problemas que genera en torno al personal objeto de reordenación, pone en evidencia que la creación de muchas de aquellas entidades no obedecía a la mejor satisfacción de los intereses públicos, sino que más bien se trataría de decisiones de entes del sector público carentes de un fundamento razonable. Así, si bien la “huida del Derecho privado” exige – como sostiene REBOLLO PUIG- una nueva construcción del Derecho Administrativo más ajustado al modelo actual de Administración, donde se ponga en equilibrio sus poderes exorbitantes con los límites a los que se sujetan⁹¹, la “vuelta al Derecho Administrativo” exige ponderar todos los principios jurídicos que deben tenerse en cuenta en el logro de una organización administrativa eficaz y eficiente.

⁹⁰ Vid, ORTIZ MALLOL, J.: “Una reforma del sector público de la Administración andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores” en *RAAP* n° 79 (2011, pp.261-262).

⁹¹ REBOLLO PUIG, M.: Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo” en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (2000, pp.278-279).

2. El principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: doctrina del TSJ de Andalucía y del Tribunal Supremo a raíz de la reordenación del sector público andaluz.

El proceso de reorganización del sector público andaluz no ha estado exento de conflictos⁹². Y ello porque se han realizado extinciones de entes instrumentales públicos y privados (Sociedades mercantiles y Fundaciones públicas) para transformarlos y refundirlos en organismos públicos, con consideración de Administración pública. Esto, que no ha generado especial problema en cuanto a la aplicación del régimen laboral de sucesión de empresas previsto en la normativa laboral, sí lo ha provocado en cuanto al régimen de integración del personal procedente de los extintos entes instrumentales, sean de naturaleza pública o privada, en Agencias autonómicas⁹³. Este proceso ha generado un importante número de sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con pronunciamientos divergentes entre sus Salas de Sevilla y Granada, por un lado, y su Sala de Málaga, por otro. Dichas sentencias han sido objeto de recurso ante el Tribunal Supremo que ha venido a casar las dictadas por la Sala de Sevilla. En todas ellas se cuestiona el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público en el proceso de reordenación de entes instrumentales andaluces.

Uno de los pronunciamientos más relevantes del TSJA ha sido el recogido en la Sentencia de 2 de noviembre de 2011⁹⁴, Sala de Sevilla, reiterado en posterior-

⁹² Un análisis de estos conflictos y las medidas cautelares adoptadas puede verse en JORDANO FRAGA, J. "El Derecho Administrativo de la crisis" op. cit., pp. 100 y ss.

⁹³ FERRADANS CARAMÉS, C. "La reordenación del sector público tras la crisis: algunos efectos jurídico-laborales", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 155 (2012, pp.101 y ss.); PÉREZ GÁLVEZ, J.F: *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, INAP, 2011; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Externalización y empleo público en el régimen laboral" en la obra colectiva *Crisis y externalización en el sector...*, op, cit, pp.154 y ss.

⁹⁴ STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011 (Pte. D. M.L. Alejandro Durán). En la misma se resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el *Decreto 103/2011, de 19 de abril*, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, cuya Disposición Adicional Segunda dispone la integración del personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en dicha Agencia Andaluza, por considerar que la misma vulnera los derechos fundamentales previstos en el art.14 y 23.2 de la CE. El argumento de la impugnación radica en que el personal al servicio del extinguido Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, empresa pública adscrita a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente (en su fecha de creación) ha sido contratado en régimen de derecho privado, por lo que es ajeno al concepto y régimen jurídico del empleado público previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/07, de 12 de abril).

res sentencias de esta Sala⁹⁵. En dicha Sentencia, con apoyo en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional⁹⁶, el Tribunal considera que la norma impugnada “*quebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público... pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art.70) y en el propio Decreto impugnado*”⁹⁷.

⁹⁵ Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (Pte. Victoriano Valpuesta Bermúdez), en la que se resuelve un recurso contencioso administrativo presentado contra la normativa por la que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, por cuanto se prevé la integración de personal laboral de la Empresa de Gestión Medioambiental, SA (EGMASA) en la citada Agencia. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de abril de 2012 (Pte. D^o M.R. Torres Donaire, fj.6^o y ss) es resultado de la impugnación de la normativa que aprueba los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía y de la Resolución por la que se aprueba el Protocolo de Integración del Personal procedente de la Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero, S. A (DAPSA), sociedad mercantil pública de titularidad de la Junta de Andalucía, en la citada Agencia. Esta sentencia recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre acceso a las funciones públicas (art.23.2 CE) y los principios de mérito y capacidad que deben respetarse en dicho acceso (art.103.3 CE), estimando que se entienden vulnerados tales principios por la integración “de facto” de personal laboral en la Agencia eludiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad. Sin que se objete nada a la subrogación de empresas, pero sí a la integración del personal. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de noviembre de 2012 (Pte. D^o M. Rogelia Torres Donaire) en la que se reitera la doctrina sentada en noviembre de 2011, en este caso respecto de la integración de personal de la Empresa Pública Centro Andaluz de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía SAU y Talentia SAU en la Agencia Andaluza para el Conocimiento.

⁹⁶ Recuerda la Sala la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 23.2 de la CE según la cual dicho artículo consagra el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, debiendo ponerse el mismo en conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las dichas funciones públicas que consagra el art. 103.3 de la CE. Así, según la STC 302/1993 el citado art. 23.2 de la CE determina una libertad de acceso de los ciudadanos a las funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas.

⁹⁷ Es más, la sentencia vuelve a reiterar su calificación de estos hechos más que como una huida del Derecho Administrativo como un desprecio total al Estado de Derecho (como ya hiciera cuando anuló el Decreto que aprobaba los Estatutos de EGMASA), por cuanto todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad.

Respecto al carácter de “empleo público” del personal laboral de Sociedades mercantiles y fundaciones públicas y en cuanto a su régimen de acceso sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, vid, la interpretación mantenida por Ortiz Mallol, J: “Una reforma del sector público...”, op, cit, pp.281-284. Claro que esa consideración –como el mismo autor sostiene– no signifi-

Así pues, la Sala de Sevilla se manifiesta contraria a la integración directa de personal contratado privado en un ente instrumental cuya primitiva naturaleza fue privada en una Agencia de naturaleza pública por vulneración del art.23.2 CE. Ello sin perjuicio de que la Agencia venga obligada a respetar el régimen de la sucesión de empresas (art.44 del ET). En correlación con los argumentos expuestos, la Sentencia anula la Disposición Adicional Segunda del Decreto 103/2011, de 19 de abril, y con ella la integración del personal del extinto Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

La misma fundamentación impugnatoria se recoge en la Sentencia de 29 de octubre de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía⁹⁸, Sala de Granada, en la que los recurrentes alegaban la vulneración del principio de mérito y capacidad por la integración de personal procedente de una Fundación en una Agencia pública. En la misma se sostiene que la creación de la Agencia trae causa de la potestad de autoorganización que tiene la Administración para reordenar el sector público y que el reglamento impugnado se limita a desarrollar la Ley 1/2011, de ahí que el tribunal se cuestione su competencia para enjuiciar la Ley, atribuida al Tribunal Constitucional, que ya ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁹. No obstante, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, citando la doctrina sentada en la sentencia de 2 de noviembre de 2011, el Tribunal expresa que el Decreto quiebra el principio de igualdad por las razones ya expuestas.

La Sala profundiza en el razonamiento de la Sentencia de 2 de noviembre de 2011 analizando el concepto de empleado público que contiene el Estatuto Básico del Empleado Público para concluir que el personal al servicio de la Administración puede ser funcionario, funcionario interino, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y personal eventual (art.8) sin que quepa admitir una nueva categoría especial cual sería la de "*personal laboral que procedente*

ca que el personal laboral de una sociedad mercantil o de una fundación pase a ser funcionario o personal laboral al servicio de una Administración pública, por su integración en una Agencia.

⁹⁸ Sentencia de 29 de octubre de 2012 (Pte. D.Jorge Rafael Muñoz Cortés, fto. jco. 5º y 7º). Se recurrió la Resolución de 20 de abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración pública por la que se aprueba el Protocolo de integración de personal procedente de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

⁹⁹ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de junio de 2011, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2733-2011 contra alguno de los artículos y disposiciones de la Ley Andaluza de Reordenación del Sector público.

de la aplicación del art.44 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los Trabajadores y Convenios colectivos de aplicación”. Por tanto, concluye la Sala que no resulta posible la atribución directa de la condición de empleado público por razón de la subrogación¹⁰⁰.

Sin embargo, discrepando de la doctrina sentada en estas sentencias el propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede en Málaga, dicta la Sentencia de 16 de enero de 2012¹⁰¹ en la que se sostiene que no es inconstitucional la integración de personal procedente de dos Fundaciones públicas andaluzas en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía por cuanto la misma Ley de Reordenación del Sector Público andaluz impone el sometimiento a pruebas de acceso para acceder al empleo público¹⁰². Y deduce que la Ley plantea no una integración automática sino tras un proceso selectivo. Aunque en esta sentencia se da la razón a la Junta de Andalucía, se hace siempre que se interprete la Ley de Reordenación del sector público andaluz y sus reglamentos de desarrollo, en cuanto se refieren a la integración de personal procedente de entes de naturaleza privada en Agencias, en el sentido de que se lleva a cabo previa realización de un proceso selectivo. En el fondo, no se aleja de la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia venía dando a través de sus Salas de Sevilla y Granada.

O sea, nos encontramos con una doctrina reiterada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que considera contraria al art.14 y 23.3 de la CE una integración automática del personal procedente de entes instrumentales de naturale-

¹⁰⁰ Para conciliar el respecto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público propone la Sala la imposición de pruebas selectivas a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas pretendan el acceso al empleo público, extinguiendo de conformidad con el Derecho laboral la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen el acceso al empleo público. Sin que ello suponga- dice la Sala- desconocimiento de la subrogación, pues, si bien la Administración no puede desentenderse sin más de estos trabajadores tampoco puede suponer la subrogación el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para los que no superen las pruebas. Es más se apunta la posibilidad de realizar pruebas específicas de acceso dirigidas a este colectivo con base en la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de enero de 2012 (Pte. D. Fernando de la Torre Deza).

¹⁰² El pronunciamiento de esta sentencia fue reiterado por la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 2 de febrero de 2012, en relación a la impugnación de la normativa que procedió a integrar personal de entes instrumentales en la Agencia Andaluza del Conocimiento.

za privada, sin consideración de Administración pública, en entes instrumentales de naturaleza pública, como las agencias. Dicha integración sólo resulta admisible tras la realización de pruebas selectivas de acceso que garanticen un acceso conforme a los principios de mérito y capacidad.

Como hemos adelantado, la comentada sentencia de 2 de noviembre de 2011 fue impugnada ante el Tribunal Supremo dictando éste la Sentencia de 21 de enero de 2013 que resuelve el asunto dando la razón a la recurrente, la Junta de Andalucía¹⁰³. En la misma, el Alto Tribunal sostiene que la sentencia, en efecto, desconoce que el personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras (IAAL) ya tenía la condición de empleado público antes del proceso de reordenación, al ser el IAAL una entidad de Derecho público¹⁰⁴, por lo que su personal, regido por el ordenamiento laboral, estaba dentro del ámbito de aplicación del Estatuto del Empleado Público. Además, ese personal que se integra en la Agencia solamente podrá pasar a la función pública de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos; mientras no den este paso seguirán como "empleados públicos" en la Agencia de igual modo en que lo estaban en el Instituto¹⁰⁵. En consecuencia, se descarta la lesión del principio de igualdad y al derecho de los actores a acceder y permanecer promocionándose en el empleo público, por lo que se anula la sentencia impugnada.

Consideramos que el pronunciamiento de esta sentencia no debiera haber condicionado –como lo ha hecho- futuros pronunciamientos para el caso en que el personal que pretenda integrarse en una Agencia proceda de entes instrumen-

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 (Pte. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva). La doctrina sentada en esta sentencia ha sido seguida en otras posteriores (STS de 16 de septiembre y de 18 de noviembre de 2013 –Pte. Pablo M^a Lucas Murillo-; de 9 de octubre de 2013 –Pte. Nicolás Antonio Maurandi-; de 13 de diciembre de 2013 –Pte. Pablo M^a Lucas Murillo-; de 20 de diciembre de 2013 –Pte. José Díaz Delgado-; de 30 de diciembre, del mismo ponente, STS de 16 de junio de 2014 (Pte. Pablo Lucas Murillo) ;STS 24 de marzo de 2014 (Pte. José Díaz Delgado); STS de 26 de marzo de 2014 (Pte. Celsa Pico); STS de 8 de abril de 2014 (Pte. Celsa Pico), entre otras.

¹⁰⁴ En esta consideración discrepa de la Sentencia de instancia que aunque reconoce el carácter de Entidad pública del Instituto, parte de su naturaleza como empresa pública en el momento de su creación.

¹⁰⁵ Añade el Tribunal que su integración no se produce como personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía para lo cual la normativa andaluza de reordenación impone como límite la superación de los correspondientes procesos selectivos. El tema se reduce –según el Tribunal- a la incidencia de aquella integración en la provisión de puestos de trabajo de los recurrentes (que ya son funcionarios o personal laboral de la Administración autonómica), no en el acceso, donde se permite mayor margen a la Administración a la hora de organizar la forma de provisión de puestos de trabajo.

tales que no tengan la consideración de Entidad de Derecho público, sino que sean Entidades de Derecho privado (Sociedades mercantiles públicas o Fundaciones públicas). En tal caso, la integración de personal de régimen privado en un ente público (Agencia) sí vulneraría el derecho de acceso en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos y los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública consagrados en los arts.14.23.2 y 103.3 de la CE, aunque ello no afecte directamente a los recurrentes si ya son funcionarios o personal laboral de la Administración pública; además el régimen de promoción interna también se vería afectado en relación a los empleados públicos al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía que quisieran promocionarse en dicha Agencia y respecto del personal que en un futuro accediera a la misma respetando los principios de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Y es el caso concreto que se ha planteado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013¹⁰⁶, en la que el Alto Tribunal sostiene que no se aportan razones que desvirtúen las ofrecidas por la Sala de Málaga, porque es correcto el juicio de instancia sobre las cuestiones controvertidas, pues el Decreto impugnado se limita a integrar al personal laboral de las entidades mencionadas como personal laboral, no de la Junta de Andalucía, sino de la nueva Agencia Andaluza del Conocimiento; asumiendo la doctrina sentada en su sentencia de 21 de enero de 2013, por considerar idéntico el litigio¹⁰⁷. En este caso el Tribunal estaría considerando “empleado público”, al considerar idénticos los litigios, a personal al servicio de entes instrumentales de naturaleza privada, cuyo régi-

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013 (Pte. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva), en la que el Alto Tribunal desestima un recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó un recurso contencioso administrativo interpuesto contra la normativa que aprobó los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento, que integraba en dicha Agencia al personal procedente de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación, de la Sociedad Andaluza para el impulso del talento –TALENTIA- y del Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, SAU.

En el mismo sentido, la STS de 18 de marzo de 2013 (Pte. Lucas Murillo de la Cueva).

¹⁰⁷ Ahondando en esta doctrina jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 (Pte. Nicolás Antonio Maurandi Guillén) sostiene que la integración de personal prevista en la Ley 1/2011 y en el Decreto 104/2011 no vulneran el derecho de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, o sea, no vulneran el art.14 y el 23.2 de la CE, como sostenía la sentencia recurrida en casación dictada por el Tribunal de Justicia de Andalucía. Concretamente mantiene que “la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en sus contratos no es una innovación normativa, sino una aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral (art.44 del ET); y esta última regulación, claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, no

men de acceso a esas entidades difiere del régimen aplicable al personal que accede a un ente instrumental de naturaleza pública¹⁰⁸.

En resumen, para el Tribunal Supremo: a) el personal procedente de entes instrumentales de naturaleza pública o privada puede integrarse en Agencias de nueva creación de la Junta de Andalucía; b) ello no vulnera el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad porque: - los recurrentes ya han accedido a la función pública; - el acceso se produce exclusivamente en la Agencia; - el acceso a la función pública o como personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía requiere superar el correspondiente procedimiento selectivo; c) tampoco afecta al derecho de promoción, que es de configuración legal, y es una posibilidad que aún no se ha planteado.

está alejada del designio de pleno empleo que incorpora el art.40.1 de la CE como principio rector de la política social”.

Así, sostiene que tanto la Ley 1/2011 como el Decreto 104/2011 establecen que ese personal laboral que así se integra solamente podrá pasar a la función pública de la Administración pública de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos. Por eso, la integración controvertida –según el Alto Tribunal- no constituye un acceso al empleo público que merezca ser calificado de “gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio”. No es ilegal porque está amparado en la Ley 1/2011 y en el art.44 del ET. Tampoco es gratuito ni discriminatorio “porque pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes la tenían como personal laboral en las empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público, y porque la integración no supone ningún plus adicional al “status” laboral anterior, al quedar circunscrita a la Agencia y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración pública de la Junta de Andalucía. En base a estos y otros argumentos se anula la sentencia de instancia.

En la misma línea se pronuncia la STS de 27 de enero de 2014 (Pte. Pablo M^a Murillo de la Cueva). En esta sentencia se afirma cómo en varios pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo se han casado las sentencias del TSJA, Sala de Sevilla, que estimó parcialmente los recursos contencioso-administrativos, a la vez que se confirman los pronunciamientos desestimatorios de la Sala de Málaga del TSJA. Posteriormente, la STS de 9 de abril de 2014 (Pte. Conde Martín) cita 15 sentencias del Tribunal en las que se han estimado los recursos presentados por la Junta de Andalucía contra sentencias del TSJA, sede en Sevilla y Granada.

¹⁰⁸ Las garantías de acceso a las funciones públicas mediante los principios de mérito y capacidad sólo son exigibles para el acceso al empleo público, o sea, a entes que tengan la consideración de Administración pública, y no en el sentido más amplio de sector público. En consecuencia, no compartimos lo dispuesto en esta sentencia por cuanto el supuesto litigioso no es el mismo de la sentencia de 21 de enero de 2013. Y ello porque el personal que se integra en la Agencia Andaluza del Conocimiento no todo él tendría la consideración de empleado público. Al menos no sería así para el personal procedente de TALENTIA y del Centro de Innovación y Transferencia, que tenían naturaleza jurídica de empresas públicas. Por lo tanto, este personal en virtud de la subrogación podrá mantener su estatus de personal laboral de régimen privado, pero no puede incorporarse como personal laboral de la Agencia, con el Estatuto de empleado público. Si lo que quiere afirmar el Alto

Así, pues, respecto a estos pronunciamientos jurisprudenciales cabe mantener que si bien cuando el personal de un ente instrumental que se extingue tiene ya la consideración de empleado público por tratarse de organismos públicos (organismos autónomos, entidades públicas empresariales o agencias) no cabe objetar su integración en una agencia, consideramos que la solución no debe ser la misma cuando el personal a integrar procede de un ente instrumental privado (Sociedad mercantil o Fundación) por cuando su régimen de acceso se rige íntegramente por el derecho privado. Por ello, en estos supuestos resulta más ajustado a derecho, que una vez realizada la sucesión de empresas el personal que la vaya a integrar acceda respetándose los principios de mérito y capacidad.

La “huida del Derecho Administrativo” que supone la creación de entes instrumentales, especialmente de los sujetos a un régimen jurídico privado, plantea un difícil retorno al Derecho Administrativo. En ese conflicto entre la búsqueda de la racionalización administrativa y control del gasto público y la protección de derechos fundamentales, la balanza debe inclinarse hacia la protección de estos últimos. Las técnicas organizativas, como la creación de nuevas Agencias debe realizarse mediante la aprobación de las correspondientes convocatorias públicas donde todo ciudadano, incluido el personal contratado por Empresas públicas, pueda concurrir a las mismas, siendo seleccionados en virtud de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Quizás la actual crisis económica ha precipitado una reordenación del sector público que debe realizarse tras una adecuada planificación.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la actual normativa estatal impide la convocatoria de nuevas plazas en las Administraciones públicas, con carácter general, difícilmente se puede resolver la integración del personal procedente de Empresas públicas en entes instrumentales de naturaleza administrativa. Ello a salvo de que se aplique el régimen de sucesión de empresas y de que las funciones públicas de las nuevas agencias sean desempeñadas por funcionarios de la Junta de Andalucía, como señala el art.69 de la *Ley de la Administración de la Junta de Andalucía*.

Tribunal es que se produce una integración en la Agencia en virtud de la sucesión de empresas con el mismo régimen laboral privado que tenía ese personal, esa incorporación no tiene cabida porque las Agencias, como Entidades de Derecho público, o sea, Administraciones institucionales, al ejercer funciones administrativas deben contar con personal que goce de la consideración de empleado público. El Estatuto Básico del Empleado Público no admite otras categorías.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El proceso de racionalización administrativa que está afectando a los entes instrumentales, de naturaleza pública y privada, de las distintas Administraciones públicas ha puesto de manifiesto que la creación de dichos entes en el pasado no ha obedecido a ningún tipo de planificación y que incluso no se han respetado todos los límites normativos establecidos. Ello puede ser debido a la abundante y dispersa normativa reguladora que incide en la creación, modificación y supresión de dichos entes instrumentales.

Así, si bien la creación de entes instrumentales públicos (organismos autónomos, EPE o agencias) estatales y autonómicos se sujeta a límites formales (exigencia de ley o autorización por ley) y sustanciales (control del gasto público y de sus fines), dichos controles se relajan en cuanto se trata de la modificación o supresión de los mismos, donde no siempre se exige una ley y donde el control sobre el gasto público no aparece de forma expresa en la normativa. Por ejemplo, cuando las funciones de dichos organismos públicos son asumidas por la Administración matriz, en caso de Organismos Autónomos y EPE, basta con un reglamento, sin que la ley imponga condiciones sobre si la medida mejora la eficacia en la prestación del servicio y no perjudica al gasto público. El problema se complicaba en el ámbito local, donde además de no existir control parlamentario, aunque sí plenario, respecto a la creación de sus entes instrumentales, tampoco se preveían limitaciones en cuanto al control del gasto público. Este control del gasto público ha venido impuesto de la mano de la *Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*.

Por su parte, la exigencia de autorización por parte de los órganos de gobierno de la Administración matriz para la creación, modificación y extinción de Sociedades Mercantiles y Fundaciones, así como, la necesidad de controlar el gasto que conlleva su creación, tampoco parecen haber sido suficientes para crear un sector instrumental racional.

El hecho de que estos límites normativos no hayan sido suficientes para controlar el crecimiento del sector instrumental de las Administraciones públicas; así como, la aplicación de los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, han puesto de manifiesto la necesidad de implementar un proceso de racionalización administrativa que se está llevando a cabo con apoyo -casi exclusivo- en dichos principios. Lo urgente es "adelgazar" el sector instrumental y ahorrar gasto público. La ausencia de una adecuada planificación y reconsideración de todos los principios que se ven afectados puede dar lugar a una pérdida de proximidad al ciudadano o de calidad en la prestación de servicios, a un ahorro del gasto relativo (sobre todo cuando la reordenación no conlleva elimi-

nación de sedes administrativas, de puestos de trabajos duplicados o innecesarios...) y, sobre todo, a una reordenación no estructural sino puntual, nuevamente llevada a cabo atendiendo a las necesidades del momento.

Por ello, en este trabajo hemos querido analizar todos los límites que deben tenerse en cuenta en el ejercicio de la potestad organizatoria respecto de entes instrumentales: a) los impuestos por la específica normativa reguladora; b) los que derivan de los principios aplicables a la organización administrativa (principios como el de descentralización funcional, el de atribución de competencias, el de dirección y control, el de coordinación, la prohibición de duplicación de estructuras administrativas, el principio de eficacia, el buena administración, el de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, son algunos de los principios de ineludible cumplimiento en el proceso de racionalización de la Administración pública instrumental); y c) los que derivan del carácter discrecional de la potestad organizatoria y de la potestad reglamentaria. De esos límites hemos destacado aquellos que hacen referencia a la necesidad de tener en cuenta el gasto público que conlleva la creación, modificación o supresión de entes instrumentales y aquellos que inciden en la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio, su proximidad al ciudadano y las garantías de sus derechos e intereses.

Para concluir este estudio, nos hemos referido al riesgo que la racionalización administrativa, como “vuelta al Derecho Administrativo”, puede presentar por cuanto pueden verse afectados los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Consideramos que la integración directa en agencias públicas de personal procedente de entes instrumentales de naturaleza privada (Sociedades mercantiles y Fundaciones) supone un “acceso a la condición de empleado público” sin las debidas garantías constitucionales, a pesar del refrendo mantenido por el Tribunal Supremo.

En consecuencia, la racionalización del sector instrumental de las Administraciones públicas exige no perder de vista todos los límites y principios que hemos abordado en este trabajo con el objeto de que la misma se realice de una forma estructural y planificada.

BIBLIOGRAFÍA

— ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M^a.: “El derecho ciudadano a una buena administración” en la obra colectiva *Derecho de la ciudadanía a una buena administración. Administración electrónica*. Ed. Málaga.es.diputación, 2009.

— MARTÍN RETORTILLO, L.: “De los derechos humanos al derecho a una buena administración”, en la obra colectiva *El Derecho a una buena administración y ética pública*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

— AGUILERA GONZÁLEZ, F.: “Estratega de implementación de la Ley de Autonomía Local de Andalucía y de la Ley de Participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía en un contexto de crisis”, en *RAAP* n° 8, 2011.

— BAÑO LEÓN, J.M.: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid, 1991.

— BARRERO RODRÍGUEZ, C.: “Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración” en *RAP* n° 183, 2010.

— BERMEJO LATRE, J.L.: “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas” en *REDA* n° 124, 2004.

— BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid. 1994; “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa” en *DA* n° 246-247, 1997.

— BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA: “Un paso atrás en el control Jurisdiccional de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar” en *REDA* n° 111, 2001.

— CABEZUDO VALENCIA, D.: “Administraciones publicas. Reordenación y racionalización. Estabilidad presupuestaria”, en *La Administración pública: enciclopedia de administración municipal*, n°9, 2012.

— CARBALLEIRA RIVERA, M.T.: *Fundaciones y Administración Pública*. Atelier Barcelona, 2009.

- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: “Ética pública y normativa administrativa” en *RAP* n° 181, 2010.
- ESCUÍN PALOP, C.: “La reordenación del sector público. Análisis particular de la reorganización valenciana”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* n° 46, 2013.
- FERNÁNDEZ LUQUE, J.M.: *La Administración instrumental. El objeto social en las Sociedades Mercantiles públicas de la Junta de Andalucía*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- FERRADANS CARAMÉS, C.: “La reordenación del sector público tras la crisis: algunos efectos jurídico-laborales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 155, 2012.
- GALLEGO ANABITARTE, y otros: *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de la organización*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GARCÍA MONCÓ, A. y FALCÓN Y TELLA, R.: “La reforma del art.135 de la Constitución” en *Revista General de Derecho Europeo* n° 25, 2012.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: “La reforma del art. 135 de la Constitución española” en *RAP* n° 187, 2012.
- JORDANO FRAGA, J.: “El Derecho Administrativo de la crisis” en *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Ed. REUS, Madrid, 2013.
- LEGUINA VILLA, J.: “Principios Generales del Derecho y Constitución” en *RAP* n° 114, 1987.
- LÓPEZ MENUDO, F.: “Los principios generales del procedimiento administrativo” en *RAP* n° 129, 1992.
- MARTI DEL MORAL, A.: “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria” en la obra colectiva *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local* (Dir. Cosculluela Montaner y Media Alcoz), ed. Thomson-Reuter, Civitas, Navarra, 2012.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L.: “Crisis económica y transformaciones administrativas” en *REDA* n° 153, 2012.

– MELLADO RUIZ, L.: “Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativa”, en *Noticias de la Unión Europea* n° 317, 2011.

– MONTOYA MARTÍN, E.: “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, Ponencia presentada al VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Tarragona los días 10 y 11 de febrero de 2012; “Algunas consideraciones sobre crisis económica, reordenación del sector público y contratación de las empresas públicas” en *Estudio sobre empresas públicas* (Coord. F.García Rubio), Dykinson, S.L, Madrid, 2011; “Economía y sector público: la organización instrumental en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía” en *RAAP* n° 65, 2007.

– ORTIZ MALLOL, J.: “Una reforma del sector público de la Administración andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores” en *RAAP* n° 79 (2011).

– PAREJO ALFONSO, L.: *Organización y poder de organización*, Iustel, Madrid, 2008.

– PONCE SOLÉ, J.: “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones públicas”, en *RAP* n° 162 (2003).

– REBOLLO PUIG, M.: Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno, en *RAP* n° 125 (1991); “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio” en *RAP* n° 161, 2003; “Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo” en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000.

– RIVERO ORTEGA, R.: “Medidas para la sostenibilidad administrativa (austeridad, transparencia, eficiencia, racionalización). Análisis crítico de los arts.32 a 36 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo” en *Unión Europea* n° 62, 2012.

– RODRÍGUEZ ARANA, J.: “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo”, en la obra colectiva *El Derecho a una buena administración y ética pública*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; “Los principios generales del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia administrativa española” en *RAAP* n° 70, 2008.

– SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, 2ª ed, Iustel, 2009.

– SOCIAS CAMACHO, J.M.: “Huida del Derecho Administrativo y racionalización administrativa en el sector público instrumental”, *REDA* n° 161, 2014.

– VILLAR ROJAS, F.: “Crisis económica-financiera: crisis de la Administración pública” en la obra colectiva *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego. Atelier Administrativo* (Coord. Andrés González).