

CONCLUSIONES

AL

INFORME JURÍDICO RELATIVO AL DECRETO-LEY 5/2010, DE 27 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Por la Delegación Territorial en Andalucía del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Forestales de Huelva, se me solicita INFORME acerca de las implicaciones de la reciente aprobación del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (publicado en *BOJA* núm. 148, de 28 de julio de 2010), en relación con las siguientes Cuestiones objeto de Consulta:

1ª.- La extensión de la reforma de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía acometida por el citado Decreto-Ley.

2ª.- En particular, determinación de los cambios acontecidos en cuanto a tipología, estructura y régimen jurídico de las Agencias Públicas Empresariales y Agencias de Régimen Especial, con especial consideración de la atribución de potestades administrativas y ejercicio de funciones públicas por las aludidas Agencias Públicas Empresariales y Agencias de Régimen Especial.

3ª La conexión de esta reforma con el régimen jurídico del empleado público de la Junta de Andalucía que pase, en su caso, al servicio de las Agencias (públicas empresariales y de régimen especial). Con especial consideración de la situación creada tras la extinción y/o modificación de entidades existentes, y la creación de otras nuevas con régimen jurídico diverso, para el personal funcionario

CONCLUSIONES

Estas son las conclusiones obtenidas a la vista del informe presentado:

PRIMERA.-

Se ha producido un cambio fundamental en las agencias previstas en la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, especialmente en cuanto al régimen jurídico aplicable a las mismas (aunque, sobre todo, se han visto afectadas las agencias públicas empresariales y las de régimen especial). En este sentido, la reforma operada, en aras del principio de eficacia y eficiencia en la actuación administrativa, ha creado un régimen jurídico permanentemente abierto para estas agencias, ya que el mismo se encuentra a expensas de los Estatutos de cada Entidad y de las decisiones gubernativas de creación, modificación o supresión de dichas entidades: como ya se ha visto, el Decreto-Ley crea un régimen jurídico tan general para este tipo de entidades que la aplicación del Derecho Público o del Derecho Privado a la actuación de la agencia concreta depende de los requerimientos de “su particular gestión empresarial”¹, siempre y cuando se trate de aspectos diversos a la formación de la voluntad de los órganos de la agencia, y al ejercicio de potestades administrativas o aspectos concretos regulados por la LAJA.

Desde esta perspectiva, la conclusión que se alcanza es el protagonismo del casuismo en la determinación del régimen jurídico aplicable a cada Agencia y a sus

¹ Así lo establece el art. 69.1 *in fine*, al referirse al régimen jurídico aplicable a las Agencias Públicas Empresariales del art. 68.1.b LAJA.

relaciones con los ciudadanos, en tanto que operadores jurídicos. Es más, si tenemos en cuenta el objeto atribuido por el Decreto-Ley a las agencias antes mencionadas, éstas pueden hacer prácticamente todo, y pueden modificarse fácilmente, si así lo estima la Administración Autonómica, a través del Consejo de Gobierno.

SEGUNDA.-

La anterior afirmación va unida a un elemento fundamental de la reforma operada, cual es el reforzamiento del control por parte de la Junta en cuanto a la creación, modificación y supresión de estas agencias y, en su caso, de la actividad que ejerza. Ello es así, por la importancia que se concede a la regulación reglamentaria a la que se faculta al Consejo de Gobierno, a través de constantes remisiones al reglamento, generando una cierta *deslegalización* de materias.

Así, a modo de ejemplo, por Decreto del Consejo de Gobierno se decide la adscripción de una agencia a la Consejería, restándole este contenido a la ley de creación o autorización, o, cabe la posibilidad de que las agencias se adscriban a un agencia administrativa o de régimen especial cuyo objeto consista en la coordinación de varias de ellas (art. 71.3), prescindiendo de la regla general de que la adscripción sea a la Consejería competente por razón de la materia, otorgando, pues, más peso al dato formal de la coordinación que al material, del ámbito de desenvolvimiento de la actividad de la agencia de régimen especial.

TERCERA.-

La ambigüedad del régimen jurídico de las agencias al que nos hemos referido en los términos de la Conclusión Primera, tiene, además, otro efecto que también conecta con los cambios que se producen en materia de personal, y es la consideración de estas agencias (al menos las que se crean, por modificación o supresión de otras en el propio Decreto) como medio propio de la Administración Autonómica, lo cual permite eludir la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a estas entidades, si actúan como meros encomendatarios de gestión de la Administración matriz.

No obstante, esta afirmación admite matizaciones, cuando son las propias agencias las que han de contratar. En tal caso, el Decreto-Ley evidencia su preferencia por el sometimiento de agencias públicas empresariales y agencias de régimen especial a la Ley de

Contratos del Sector Público, a fin de dotarlas de las potestades exorbitantes que corresponden a las Administraciones en la ejecución y finalización de los contratos. La propia Exposición de Motivos de la Ley pone de manifiesto este aspecto.

CUARTA.-

Las agencias pueden, con carácter general, ejercer potestades administrativas, cuando ello sea necesario para el desenvolvimiento de su propia gestión. Pero, junto a ello, el núcleo duro de las agencias, sobre todo las agencias públicas empresariales, estará en la producción de bienes y servicios o en la gestión de servicios. Por tanto, lo fundamental es que las agencias deben ejercer las funciones que les asignen sus Estatutos y que, en atención, al modo en que se desenvuelvan se someterán a Derecho Público o Privado, actuando el art.2.2 Ley 30/92, como válvula de seguridad, para el caso de que estas entidades ejerzan potestades administrativas.

Desde esta perspectiva, la reforma de los arts. 68, 69 y 71 LAJA no es muy significativa, si, como he señalado, tenemos presente la posibilidad general de que cualquier agencia pueda ejercer potestades públicas, en los términos del art. 55 de la misma norma.

QUINTA.-

Por el contrario, los cambios sí han sido más profundos si conectamos las funciones y potestades administrativas de las agencias, con los recursos personales de los que van a disponer. En este sentido, puede afirmarse que hay una tendencia a permitir la laboralización del personal de las agencias, y ello en distintos niveles, tanto cuando se trata del personal directivo², como del resto del personal, en los términos que ya se han visto.

Ambas cuestiones están respaldadas, de alguna manera, por el EBEB, si bien con diferente alcance para uno y otro supuesto. En primer lugar, porque la norma estatal básica asume con naturalidad que las Administraciones Públicas cuenten con personal funcionario y laboral, bajo el paraguas del empleo público, y ello está dentro de las posibilidades de autorganización que tienen, en este caso, las Comunidades Autónomas (Disposición Final segunda EBEP). En segundo término, por lo que hace al personal directivo, ya estaba previsto en el art. 23 Ley 28/2006, de 18 de julio, que el mismo, fuera personal funcionario o laboral, teniendo, entonces, diferente vinculación con la agencia (respectivamente, en

² Véase art.13.4 EBEP.

servicio activo o contrato de alta dirección), y admitiendo que se trata de un personal cualificado, para el que se arbitrarán las fórmulas de selección.

En todo caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio³, estableció como elementos clave del modelo de empleo público, la preferencia por el funcionario, frente al personal laboral, y la necesidad de reserva de ley para excepcionar este régimen general, al amparo de los arts. 149.1.18ª y 103.3 CE. Por lo tanto, la preferencia por el personal laboral que parece establecer el art. 69, fundamentalmente, para las agencias públicas empresariales debe entenderse como regla particular, en parte comprensible por la propia naturaleza temporal de estas agencias, y que se ajusta a la exigencia de reserva de ley a la que nos hemos referido.

En este sentido, la reforma LAJA no puede obviar las exigencias del EBEP en cuanto a la determinación de criterios para identificar los puestos de trabajo que ha de desempeñar el personal laboral (art. 11.1) y la imposibilidad de que este personal pueda ejercer potestades públicas, en los términos del art. 9.2. Desde esta perspectiva, las previsiones del Decreto-Ley estudiado no casan bien con la legislación básica representada por el EBEP, y plantean ciertas contradicciones dentro de su propio articulado si tenemos en cuenta que todo el personal de las agencias públicas empresariales “se rige en todo caso por el Derecho Laboral” (art. 70 LAJA, que no ha sido reformado), excluyendo, en principio, a los funcionarios como parte de este personal.

SEXTA.-

No obstante lo anterior, del art. 69. 2 y 3 cabe extraer la conclusión de que las agencias públicas empresariales pueden contar con funcionarios públicos, especialmente en el ejercicio de potestades administrativas. Y, en el caso de las agencias de régimen

especial, la cuestión está más clara, porque el propio art. 74.1, tras la reforma, admite que estas agencias cuenten con personal funcionario y personal sujeto al Derecho Laboral, correspondiendo las funciones que implican el ejercicio de autoridad a los primeros.

³ Esta doctrina se ha visto flexibilizada en la STC 37/2002.

Desde esta perspectiva, el texto reformado por el Decreto-Ley, en relación con las agencias públicas empresariales, es bastante confuso, porque parece abrir el camino para que estas potestades sean ejercidas por personal laboral, o, en su caso, por personal funcionario que, de alguna manera, se incorpora forzosamente a la agencia. La primera de estas cuestiones no puede asumirse si tenemos en cuenta el art.9.2 EBEP, y de hecho, el acuerdo firmado entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública y los Sindicatos UGT-Andalucía y CCOO, de 29 de octubre de 2010, plantea la retirada del último párrafo del art. 69.3, puesto que el mismo suponía la plena equiparación entre funcionarios y personal laboral para el desempeño de auténticas potestades públicas, por más que las mismas fueran de carácter auxiliar.

La segunda cuestión ya se ha puesto de manifiesto, y no es lo deseable, pero es posible el cambio de puesto de trabajo del funcionario de forma no voluntaria, en los términos del art. 81.2 EBEP. Quizás en este aspecto, como ya se ha señalado, la cuestión es que el puesto a desempeñar por el funcionario esté perfectamente identificado, y se vincule al ejercicio de potestades administrativas o de autoridad, quedando perfectamente clara la vinculación funcional con el personal directivo o, en su caso, con los órganos de esta naturaleza constituidos por los Estatutos. Este debe ser, en mi opinión, el enfoque correcto de la adscripción del personal funcionario a la agencia, porque ello constituye una garantía de la actuación de la agencia frente al ciudadano.

SÉPTIMA.-

En todo caso, el funcionario de carrera puede adscribirse o integrarse en la agencia (esto último en el caso de las agencias de régimen especial), a través de fórmulas diversas en las que ha de tenerse en cuenta si el mismo procede o no de una situación previa de reestructuración de la Administración.

En este sentido, el Decreto-Ley contempla sin demasiados requisitos la incorporación voluntaria del funcionario a la agencia, tanto si se lleva a cabo como laboral, como si es manteniendo la condición de funcionario. En el primer supuesto pasa a la situación especial de servicio en el sector público, equivalente a una excedencia voluntaria, mientras que en el segundo se mantiene en servicio activo.

El otro supuesto de incorporación sería el de movilidad “forzosa”, que debe reunir los requisitos de motivación y necesidad a los que se refiere el art. 81.2 EBEP y que, a

mi juicio, es la situación a la que alude el art. 69.3.párra. primero. A ello nos hemos referido con anterioridad.

En todo caso, de la regulación examinada no puede concluirse que haya pérdida de la condición de funcionario, porque ello no se produce por la adscripción a la agencia, ni siquiera en régimen de personal laboral. Esto sólo es posible, es decir, la pérdida de la condición de funcionario si se da alguno de los supuestos del art. 63 EBEP.

Desde esta perspectiva, debe insistirse en el significado atribuido a la condición de personal estatutario que ostenta el personal funcionario de las Administraciones Públicas, puesto que ello implica su vinculación a las normas que regulan la función pública en cada momento; sin embargo, esta inicial estabilidad es, a la vez, susceptible de modificaciones en el marco de estructuraciones del empleo público motivadas por procesos de reorganización administrativa como la que nos ocupa, de manera que hay que estar a los derechos reconocidos en cada momento para saber con exactitud el grado de solidez de la posición del personal funcionario. Al amparo del art. 14 EBEP, y en consonancia con una abundante y consolidada Jurisprudencia, el funcionario debe tener a salvo su inmovilidad en la condición misma de funcionario (excluyendo la posibilidad de laboralización forzosa), así como los derechos económicos adquiridos, pero ello no constituye un impedimento para que se articulen situaciones en las que el personal funcionario dependa orgánicamente de una Consejería o Agencia, y funcionalmente, de la Agencia pública empresarial concreta.

En Huelva, a 11 de noviembre de 2010

Fdo: Manuela Mora Ruiz

Universidad de Huelva