

## **EL DECRETO-LEY DE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ, EXPLICADO EN ROMÁN PALADINO**

Probablemente muchas personas se hayan hecho esta pregunta: ¿Qué contiene este decreto-ley para que haya conseguido que los empleados públicos, casi de forma unánime, se hayan rebelado contra él?

Intentaré explicarlo sacrificando rigor técnico en aras de la claridad. Es necesario que todo el mundo conozca la naturaleza de la operación, de modo que pueda, asimismo, comprender que sus efectos alcanzan no sólo a los empleados públicos, sino a toda la ciudadanía en general. Es más, sobre todo a ella.

Todo el asunto gira en torno a tres conceptos claves:

Personificación. Instrumentalidad. Potestades administrativas.

Su complejidad técnico-jurídica es elevada; y la relación entre ellos –que es donde está la clave del problema–, más.

### **1.- LA FORMA PÚBLICA DE PERSONIFICACIÓN. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO.**

Sin duda alguna, todo el mundo habrá oído hablar de las personas jurídicas. En nuestro ordenamiento jurídico hay dos tipos de personas, por un lado, las personas naturales o físicas (o, como dirían en alguna televisión, personas humanas) y, de otro, las personas jurídicas. Vamos a centrarnos en éstas que son las que conciernen a nuestro asunto.

Existen en nuestro Derecho dos instituciones jurídicas relativas a la esencia de las personas: la “personalidad” y la “capacidad de obrar”.

La primera se tiene por el simple hecho del nacimiento, que en las personas de que hablamos es por la voluntad de sus creadores debidamente formalizada, conforme a la Ley. Digamos que es una cuestión ontológica. Se tiene personalidad por el hecho de existir.

La capacidad de obrar es la facultad que poseen las personas –cualquiera que sea su clase– de realizar actos con trascendencia jurídica.

En las personas jurídicas, (al contrario que en las personas naturales), la capacidad de obrar es inherente a su existencia. No se concibe la una sin la otra (salvo excepciones, que no vienen al caso y cuyo análisis, además, sería prolijo).

Las personas jurídicas pueden ser de diferentes clases; atendiendo a su naturaleza pública o privada, hablamos de personas jurídicas públicas o personas jurídicas privadas; o de formas privadas o públicas de personificación.

En la doctrina administrativista clásica, la persona jurídica pública por antonomasia es la Administración Pública (o, si se prefiere, las Administraciones Públicas).

La Administración Pública actúa con personalidad jurídica única, a través de sus órganos, aunque estos sean múltiples y de diversa naturaleza. Comparándola con el cuerpo humano, la administración es la persona y sus órganos son como los brazos, el riñón, el cerebro..., cada uno cumple una función y son inseparables del conjunto y, por tanto, no tienen entidad propia y autónoma; resulta manida la metáfora, pero, tal vez, es porque es bien ilustrativa.

Las personas jurídicas privadas, por el contrario, conocen muy diversas manifestaciones: entidades mercantiles, asociaciones, fundaciones, corporaciones, etc.

La capacidad de obrar de una y otra viene determinada por el régimen jurídico a que han de someterse sus actos para que sean jurídicamente legítimos y válidos. Y así, en tal sentido, conforme a la doctrina administrativista clásica, la forma de personificación impone el sometimiento de una u otra al derecho público (derecho administrativo) o al derecho privado, respectivamente.

Con arreglo a tales planteamientos, lo usual era que a la personalidad jurídica pública correspondía regirse por el derecho administrativo; en tanto que a la personalidad jurídica privada correspondía hacerlo por el derecho privado (derecho mercantil, derecho laboral, derecho civil, etc...).

## **2.- LOS ENTES INSTRUMENTALES Y LA “HUÍDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO”.**

Bajo el argumento de mejorar la eficacia en la prestación del servicio público comienza a desarrollarse la idea de la “instrumentalidad”. Los órganos administrativos que, como hemos indicado, son los instrumentos a través de los cuales se realiza la actividad de la Administración, empiezan a reputarse ineficaces e inadaptados para el ejercicio de algunas actividades.

Se esgrime el argumento de la necesidad de inmediatez, flexibilidad, y, sobre todo, autonomía para realización de las funciones encomendadas a los órganos administrativos; y, para ello, se les dota de personalidad jurídica y de un amplio margen de autonomía de gestión de los recursos adscritos, primordialmente, en lo económico, hasta el punto de tener su propia tesorería.

Nacen así los “Organismos Autónomos” como los primeros “entes instrumentales”. Ahora bien, considerando las doctrinas vigentes en ese momento sobre personificación y capacidad jurídica, antes mencionadas, estos organismos no dejaban de ser Administración Pública y, como tal, servida por funcionarios públicos y sujetos, unos y otros, en su régimen jurídico al derecho administrativo.

Pero, con el paso del tiempo, esta fórmula terminó siendo insatisfactoria para el poder político, que siempre aspira a que ningún obstáculo se interponga entre su voluntad y la realización práctica de sus deseos.

Obviamente, ese tipo de administración instrumental no podía satisfacerles; sobre todo en lo que ellos consideraban esencial: eludir las regulaciones, controles y garantías que la legislación administrativa imponía en la gestión del gasto público, la contratación administrativa y la selección y administración del personal.

Se produce así el primer salto cualitativo de importancia en el modelo de gestión de los intereses generales. Y el comienzo de la verdadera “instrumentalidad” y nacimiento de los “entes instrumentales”.

El modelo estaba caracterizado esencialmente por la personificación privada de las entidades instrumentales; mayoritariamente bajo las formas de entidades mercantiles (empresas) y fundaciones. Es decir,

conforme a lo explicado anteriormente, eran personas jurídicas privadas, y, como tales, sujetas al derecho privado.

Nos encontrábamos entonces ante entidades de derecho privado (aunque el capital era público o mayoritariamente público) que ejercían funciones o prestaban servicios públicos encomendados otrora a los órganos administrativos.

De este modo se conseguía la pretendida inaplicación del ordenamiento jurídico administrativo, y la consecuente elusión de las garantías y los instrumentos de control inherentes a la actuación administrativa.

A esto, la doctrina administrativista lo denominó la “huída del derecho administrativo”.

### **3. EL ABUSO DE LA INSTRUMENTALIDAD POR PARTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, O LA “ESTAMPIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO”.**

Este fenómeno no era exclusivo de nuestra región. Ahora bien, aquí se comenzó a practicar desafortadamente, tanto cualitativa como cuantitativamente.

a) Cuantitativamente, porque se crearon centenares de entes instrumentales, en los que –liberados de los controles que imponía el derecho administrativo– colocaron a parientes, amigos, y correligionarios (les recomiendo encarecidamente a quienes deseen tener una información más detallada –con nombres y apellidos– lean la serie de artículos agrupados bajo la denominación de “la tela de araña andaluza”, publicados en Libertad Digital por el periodista Pedro de Tena). Esta operación clientelar es de tal magnitud que desconoce antecedentes. Según fuentes bien documentadas, se estima que el número de personas colocadas en empresas y fundaciones públicas está en torno a 25.000; y si a ello añadimos el número de los que están contratados fraudulentamente, mediante empresas interpuestas de capital privado (los llamados “externos”), como, por ejemplo, la empresa que en los sótanos (no es metáfora) de la Consejería de Educación gestiona y administra los fondos públicos destinados al pago de las retribuciones del profesorado de los centros concertados de Andalucía, la cifra puede llegar a alcanzar las 50.000 personas.

b) Cualitativamente, porque si en la naturaleza de la instrumentalidad estaba el ejercicio por parte de los entes instrumentales de

determinadas potestades públicas, éstas, sin embargo, eran fundamentalmente de carácter auxiliar o complementario y concernientes, sobre todo, a la actividad administrativa de fomento. Pero, antes de continuar, se hace necesario explicar brevemente qué son las “potestades administrativas”.

Las potestades administrativas son los poderes que la Ley confiere a la Administración Pública para la realización de sus fines (que conforme a la Constitución no son otros más que la satisfacción de los intereses generales). Estas potestades, que nacen de la Ley, suelen calificarse en la doctrina administrativista como exorbitantes; es decir, sitúan a la administración en una posición de supremacía respecto al resto de individuos –sean personas físicas o jurídicas–, y les dota de ciertas prerrogativas que las faculta para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas respecto a los ciudadanos; imponiéndoles, de forma unilateral, incluso sin contar con su voluntad o consentimiento, obligaciones y deberes o límites o condiciones al ejercicio de sus derechos. Tal es la magnitud y la naturaleza exorbitante de las potestades administrativas.

Por esa razón, la Constitución dispone que sólo pueden ser ejercidas para la satisfacción de los intereses generales y, sobre todo, que están sujetas al principio de legalidad, conforme al cual la Administración sólo podrá realizar aquellas actuaciones que la Ley le autorice a realizar.

Pues bien, hecho este exordio, podemos comprender la trascendencia de la actuación de la Junta de Andalucía. Como hemos dicho, estas primeras entidades instrumentales de la Junta de Andalucía estaban creadas bajo la forma privada de personificación, fundamentalmente empresas y fundaciones, de modo que estos entes estaban sujetos en su actividad al derecho privado, pero ejercían ilícitamente potestades públicas que sólo correspondía ejercer a la Administración a través de sus funcionarios.

Había ocurrido lo que un insigne catedrático de Derecho Administrativo había pronosticado: la actuación de la Administración cuando actúa sujeta al derecho privado –a través de estos entes instrumentales– no resulta más eficaz; en cambio, es seguro, que constituye un terreno más abonado para la corrupción.

#### **4.- EL DECRETO-LEY 5/2010, OTRA VUELTA DE TUERCA. EL NACIMIENTO DE UN ENGENDRO.**

Era inevitable que, ante tal descaro, los tribunales de justicia comenzaran a dictaminar que ciertas potestades que estaban realizando esos entes sólo podían ser realizadas por funcionarios públicos.

Descubierto el pastel, el modelo estaba agotado.

Para la Junta cabían dos opciones: o se daba marcha atrás, o se emprendía una huída hacia delante. Es obvio que optó por la segunda, arrasando todo lo que estaba por delante: Constitución, Leyes, Administración, Función Pública; como vamos a demostrar a continuación.

Lo primero que había que hacer era fundamentar la necesidad y oportunidad de la aprobación del modelo en causas y razones dignas de encomio. Así, en un magistral ejercicio de cinismo, el gobierno declaraba que el decreto ley se aprobaba:

**a)** “con el fin de obtener una mejor prestación de los servicios públicos (...) desde el convencimiento del (...) valor añadido que aporta lo público y el empleo público”.

Sin embargo, lo cierto es que el decreto-ley supone, además, una importante privatización de servicios públicos. El decreto-ley afecta a once de las trece Consejerías de la Junta de Andalucía y a las diez Universidades Públicas de Andalucía (aunque parece que éstas aún no se han enterado); de modo que muchos servicios públicos que antes eran gestionados por organismos públicos o por órganos de la Administración General de la Junta de Andalucía, pasan a ser gestionados, en virtud de este decreto-ley, por las agencias empresariales. Eso, hablando claramente, se llama privatizar la gestión de los servicios públicos. No se oculta; en el mismo texto del decreto-ley podemos leer que el criterio de gestión es el empresarial, no el de servicio al interés general. Como buenos empresarios, pronto nos pasarán la factura. Ya se están entrenando con eso de la factura en la sombra, o algo así, en los servicios sanitarios.

**b)** Se decía igualmente, que se utilizaba la reordenación para “...obtenerse ganancias de eficiencia, contención del gasto y ahorro...”

Sin embargo, lo cierto es que este decreto-ley supondrá un notable incremento del gasto. Esta reordenación que se vende bajo la etiqueta de la eficiencia y el ahorro del gasto público (y la sostenibilidad de las

finanzas, pero eso no lo cito porque me da risa), en realidad esconde una duplicación de estructuras en tanto en cuanto que, como vamos a explicar, se orienta subrepticamente a la constitución de una administración paralela. Con ese modelo tiene que haber unos que cobren (empleados de las agencias) y otros que trabajen (funcionarios); o unos que trabajen (empleados de agencias) y otros –si se prestan a ello– que firmen (funcionarios). En resumen, dos cobrando por hacer la misma cosa. Evidentemente, eso sale más caro.

De hecho, antes de empezar a funcionar las nuevas agencias, ya llevamos una buena factura: 9 millones de euros que los sindicatos felones UGT y CCOO se han embolsado como precio de la traición. ¡Cómo ha subido el coste de la vida, pensar que Judas sólo cobró 30 monedas!

Y respecto a la eficiencia que traerá la reordenación, mejor no decir nada; ¿porqué creerlos?, más vale remitirse a los hechos: encabezamos las estadísticas en todo lo negativo. Véase, sin ir más lejos, la peor: un millón cien mil personas sin empleo. Sobran las palabras.

Así pues, lo que sostenemos es que el verdadero propósito de este decreto–ley es poder mantener el sistema en lo esencial: esto es, mantener la instrumentalidad y poder seguir eludiendo la aplicación de la legislación administrativa.

Que todo cambie para que todo siga igual.

El escollo fundamental radicaba en que los entes instrumentales no podían ejercer ciertas potestades administrativas: a) porque eran sujetos con forma privada de personificación y, por tanto, b) su actividad se regía por el derecho privado.

Para salvar el obstáculo, el decreto–ley establece un nuevo modelo que se caracteriza por dos aspectos:

- Dar forma pública de personificación a las “empresas”
- Someterlas en su actividad al derecho administrativo; y/o, también, al derecho privado.

Pensando que así quedaba salvado el problema.

Estos entes son un verdadero engendro administrativo que nos recuerda los antiguos monstruos mitológicos, pues como el minotauro, el grifo o las arpías, tiene el cuerpo de un animal y la cabeza de otro.

Este modelo, jurídicamente hablando, es aberrante, carece de coherencia interna y, por lo tosco e inconsistente que es, estoy convencido que ni ellos mismos se lo creen. Por tanto, creo que lo que tratan es de darle apariencia de legalidad al antiguo sistema; dando, al propio tiempo, un salto cualitativo.

De hecho, las consecuencias prácticas de la disposición son:

- a) La creación de una “Administración” paralela.
- b) La legitimación de un empleo espurio.

Analicemos con más detalle ambos aspectos:

**a) Creación de una “administración” paralela.**

Veamos cuáles son las notas que caracterizan a estas agencias públicas empresariales y constataremos que son un engendro aberrante, incoherente e inconsistente (fantásticas escorias eminentes, que diría D. Francisco de Quevedo).

Estas son sus características:

1º.- Se rigen por el derecho privado.

2º.- A veces se regirán por el derecho administrativo, ¡¡“según su particular gestión empresarial lo requiera”!!

3º.- Son entes con forma pública de personificación.

Ahora bien, dos pequeñas objeciones: Una, si son entidad pública, sujeta al derecho administrativo, ejerciendo potestades públicas, ¿no estaríamos hablando de una Administración Pública; o más concretamente de una Agencia Administrativa, que es también Administración Pública?;

¿Entonces si, técnicamente, lo que pretendemos crear ya existe, porque crearlo? La respuesta deja en evidencia el plan; y la respuesta sólo puede ser una: Entre las agencias administrativas (entidades con forma pública de personificación, sujetas en su actuación al derecho administrativo, y por consiguiente, Administración Pública) y las agencias empresariales cuando actúan sujetas al derecho administrativo, no hay ninguna diferencia; luego siendo así, éstas serían superfluas. Ergo la razón de su existencia no reside en que puedan realizar su actividad conforme al derecho administrativo, sino justamente en lo contrario, que puedan hacerlo conforme al derecho privado; o, dicho de otro modo, que cuando les convenga (en palabras del decreto-ley: “cuando su particular gestión empresarial así lo requiera”) puedan eludir

la aplicación de la legislación administrativa; es decir, los controles y garantías en el ejercicio de las potestades públicas.

Además, si hablamos de una Administración Pública, ¿podemos hablar de intereses empresariales en lugar de intereses generales?

Y, dos, ¿dónde están los funcionarios de esa agencia empresarial? Porque, esas potestades públicas de una entidad pública sujeta al derecho administrativo han de ser realizadas por funcionarios. Y que yo sepa, en las agencias públicas empresariales no puede haber funcionarios. Lo dice el artículo 70 de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía: “El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el derecho laboral”. Y es que no puede ser de otra forma.

En la Administración puede haber personal sometido a diversos regímenes jurídicos, pero funcionarios sólo puede haber en la Administración.

¿Queda claro? Pues creo que sí; aquí se ve la inconsistencia del modelo, ¿para que manifiestan que las agencias se regirán en ocasiones por el derecho administrativo, si cuando así ocurra no habrá nadie que pueda realizar esas funciones?

Por eso, el decreto-ley establece que la realización de funciones que implique el ejercicio de potestades públicas las llevará a cabo el personal funcionario de la Consejería a la que esté adscrita la agencia. Para ello, las unidades administrativas (las unidades administrativas son, digamos, la estructura de los órganos administrativos que son –como hemos explicado al comienzo– los que ejercen las funciones encomendadas a la Administración) precisas se adscribirán a la agencia. Efectivamente, como hemos dicho antes, el modelo es inconsistente sin los funcionarios; no puede existir sin los funcionarios. Luego: ¡voilà, les fonctionnaires!; ahí están, como la puerta de Alcalá ( y, si esto no se remedia, estarán... viendo pasar el tiempo).

Y como los funcionarios resultan formalmente imprescindibles, el decreto-ley dispone que se “integrarán funcionalmente” en la estructura de la agencia, con sujeción y dependencia de los órganos directivos de la agencia.

Esto se llama en Derecho fraude de ley. Ya hemos dicho antes que funcionarios sólo puede haber en la Administración; por tanto, esto es una forma de burlar la ley. Es decir, como en el “engendro” no puede

haber funcionarios, se los prestamos. Y, así, son y no son; la agencia los tiene y no los tiene.

De todas formas, ya hablaremos en otra ocasión de qué supone este engendro para los derechos de los empleados públicos –sean funcionarios o personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

En resumen, estas notas caracterizan un modelo que pretende ser Administración, pero sin serlo; porque, en el fondo, ya hemos dicho que la Administración no les interesa porque está sujeta en su actuación al principio de legalidad. Dicho de otro modo, estas notas describen el modelo y las bases para la creación de una “Administración paralela”.

#### **b) La legitimación de un empleo espurio.**

La segunda consecuencia práctica para el propósito no declarable de este decreto-ley consiste en la legitimación o blanqueo del empleo clientelar generado en las empresas públicas de la Junta con el anterior modelo de instrumentalidad.

Bajo el argumento de la racionalización del sector público, se procede a la integración de las empresas públicas de la Junta en las nuevas entidades creadas. Con ello, no sólo se “ennoblecen” muchas de esas empresas que siendo de baja cuna, origen vergonzante y pobre bolsa, pasan a ser sujetos públicos, sin dinero, pero con una capacidad de endeudamiento ilimitada, a cargo del erario público; sino que –lo más importante– se da “carta de naturaleza” a esa legión de empleados metidos en las empresas públicas por la puerta de atrás y que, como ya hemos indicado su número puede alcanzar dimensiones pajinianas, quiero decir, planetarias.

Esta operación, al margen de calificativos jurídicos, es una infamia, una impudicia y una desvergüenza. Y echa por tierra las legítimas expectativas de miles de personas –y sus familias– que aspiran a tener un empleo en la Administración Pública en la forma establecida en la Constitución y las leyes; es decir, en limpia, pública y transparente competencia y sobre la base de criterios objetivos de mérito y capacidad. Para este gobierno, al que la igualdad no se le cae de la boca, unos son más “iguales” que otros, queda evidenciado.

## **5.- EL MODELO CONTENIDO EN EL DECRETO-LEY 5/2010 ES INCONSTITUCIONAL Y ANTIDEMOCRÁTICO.**

A cualquier jurista –con decencia intelectual– no cabe duda que le chirría el modelo consagrado en el decreto-ley de marras. Pero quien no sea jurista se preguntará ¿puede ser legal todo ese disparate?

La respuesta es obvia: rotundamente, no.

Este decreto-ley es contrario a la Constitución; a diversos artículos de la Constitución que regulan el funcionamiento de la Administración. Este decreto-ley consagra un modelo de gestión que desnaturaliza la idea de la Administración Pública consagrada en la Constitución.

La Constitución impone a la Administración una serie de principios, entre los que cabe resaltar los siguientes:

- a) Actuar con objetividad
- b) Para la satisfacción exclusiva de los intereses generales.
- c) Con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- d) Que el estatuto de los funcionarios será fijado por la Ley (es decir, por el Parlamento, que es la legítima representación del pueblo; no por el Gobierno)
- e) Que todos tienen derecho a acceder al ejercicio de funciones públicas en condiciones de igualdad
- f) Que el acceso a las funciones públicas se realizará conforme a los criterios de mérito y capacidad.

Pues bien, todos estos principios se ven conculcados por el decreto-ley que analizamos.

La actuación objetiva para la satisfacción de los intereses generales no se compadece en modo alguno con la actuación de entes cuyo criterio de gestión es el empresarial, según se declara sin pudor. Los criterios y principios de actuación de los entes –aunque su personalidad sea pública– cuando lo hacen conforme al derecho privado son ajenos a los principios de satisfacción del interés general y a la objetividad; pues actúan para su particular interés, como cualquier otra persona privada.

Asimismo, la Constitución impone a la Administración que su actuación ha de estar sometida al principio de legalidad; cosa que no vincula a las entidades sometidas al derecho privado. Pues aunque unos y otros han de cumplir lo dispuesto en las leyes, como es natural, sin embargo para

la Administración Pública el principio de legalidad tiene una “vinculación positiva”, habilitante; es decir, la Administración sólo puede hacer aquello que la Ley le autoriza a hacer. Por el contrario, el principio de legalidad para las entidades privadas, actúa como “límite negativo”, esto es, pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la Ley.

Es fácil constatar entonces que el modelo de entes del decreto-ley se aparta del mandato constitucional.

En cuanto al régimen jurídico de los funcionarios, el repetido decreto-ley contiene numerosas deslegalizaciones (esto es, otorga al Gobierno potestades que son del Parlamento), algunas más graves que otras, y que ya analizaremos en otro momento, con lo que se aparta, también, del mandato constitucional que reserva a la Ley la regulación del estatuto del funcionario público. Además de ser antidemocrático; pues de hecho, supone un desplazamiento de la soberanía (por no llamarlo, de manera más contundente, una usurpación).

También es inconstitucional por la violación de los principios que regulan el acceso a la Función Pública. El asunto no merece apenas el más mínimo análisis, basta con un simple razonamiento (y no me refiero a actuaciones futuras, sino a las que se perpetran en el decreto-ley como hechos consumados): Si las agencias empresariales son sujetos públicos, como hemos visto, que además (según declara el propio decreto-ley se constituyen en Administración Pública en sus relaciones contractuales), el acceso a las mismas debería ser conforme a los principios indicados; ahora bien, si todo el personal de las antiguas empresas públicas se integra en las agencias (por virtud del decreto-ley) sin haberse sometido en ningún momento a tales principios ¿no se está violando lo dispuesto en la Constitución respecto al acceso a las funciones públicas?

Asimismo, entendemos que es inconstitucional por violación de las competencias que corresponden en exclusiva al Estado. Dejémoslo simplemente apuntado, sin profundizar en ello: el decreto-ley desnaturaliza el modelo de Administración Pública y de Función Pública, mediante una regulación que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, correspondería realizar al Estado.

Por último, deseo reiterar algo ya expuesto al comienzo de este escrito: este asunto atañe a la ciudadanía del mismo modo que a los empleados

públicos. El modelo de Administración Pública al que conduce esta reordenación no es beneficioso para el bolsillo del contribuyente ni para los derechos y libertades de los ciudadanos. Evitemos todos que sea una realidad.

Sevilla, 7 de noviembre de 2010.

Max Estrella,  
Cesante de hombre libre...