



**CONFEDERACIÓ GENERAL DEL TREBALL**

**SECRETARIA DE JURÍDICA D' A.P. DE CATALUNYA**

**3T/04**

**BUTLLETÍ INFORMATIU JURÍDIC SINDICAL**

# **PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PUBLICOS (I)**

**Nº3T/04 3r TRIMESTRE**

<b>INDICE</b>	<b>I</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>		<b>2</b>
	<b>II</b>	<b>CONCEPTO DE PRIVATIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO</b>		<b>3-4</b>
	<b>III</b>	<b>QUÉ DEBE SER PÚBLICO O PRIVADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO</b>		<b>4-8</b>
		<b>3.1</b>	<b>Normativa internacional</b>	<b>4-5</b>
		<b>3.2</b>	<b>Normativa de la UE</b>	<b>5-6</b>
		<b>3.3</b>	<b>Lo público y lo privado en la CE</b>	<b>7-8</b>
	<b>IV</b>	<b>CÓMO SE PASA DE LO PÚBLICO A LO PRIVADO</b>		<b>9-29</b>
		<b>1. Formas de gestión del servicio público</b>		<b>9-10</b>
		<b>2. Las formas de gestión directa</b>		<b>10-29</b>
		<b>2.1</b>	<b>Gestión directa por el Estado en régimen de derecho público</b>	<b>10</b>
			<b>A</b> <i>Gestión por la propia Administración General del Estado.</i>	<b>11-15</b>
			<b>B</b> <i>Gestión directa a través de Organismos Autónomos (OOAA)</i>	<b>16-20</b>
			<b>C</b> <i>Gestión directa a través de Entidad Pública Empresarial (EPE)</i>	<b>20-24</b>
			<b>D</b> <i>Gestión directa por las llamadas entidades "autocéfalas" o Agencias</i>	<b>24-26</b>
		<b>2.2</b>	<b>Gestión directa por el Estado en régimen de derecho privado</b>	<b>26-28</b>
		<b>A</b> <i>Gestión por medio de organizaciones privadas propias. Las Sociedades Mercantiles Estatales (SME)</i>	<b>26-28</b>	
	<b>2.3</b>	<b>Gestión por medio de convenios de colaboración entre Administraciones Públicas</b>	<b>28-29</b>	

## I.- INTRODUCCIÓN:

Se nos ha planteado en reiteradas ocasiones, tanto por los compañeros del SAPB como por la FAPC y diversas Secciones Sindicales del ámbito la necesidad de confeccionar un BJI relativo al tema de la privatización.

El problema que se ha de afrontar en primer lugar es el tema del enfoque, dado que la temática de la privatización de los servicios públicos da mucho de sí; tanto, que un solo BJI no puede aspirar a mucho más que a ser un mero intento de facilitar a los Delegados Sindicales y de Personal del Sector de Administración Pública su labor diaria desde el punto de vista jurídico en el tema de la privatización. Por ello, queda desde ahora abierta la posibilidad de profundizar en el tema o temas que a la vista del presente BJI consideren conveniente los destinatarios del mismo: Secciones Sindicales y miembros de Comités de Empresa o Delegados de Personal o de Juntas de Personal de AP.

En tal sentido deberíais enviar las sugerencias que se consideren oportunas a los siguientes mails: [marcecp@xanadoo.es](mailto:marcecp@xanadoo.es) ; [kopro@wanadoo.es](mailto:kopro@wanadoo.es) ; [chpreciado@msn.com](mailto:chpreciado@msn.com)

Hechas estas precisiones, en este BJI intentaremos abordar el tema de la privatización desde la óptica de las **modalidades de gestión de los servicios públicos que nuestro ordenamiento jurídico recoge y las vías jurídicas que ante tales modalidades de gestión se dan en el ámbito de la AGE**. Y ello, sin perjuicio de referirnos, aunque sólo sea de pasada, al origen normativo internacional de la política privatizadora y devastadora del servicio público, puesto que, sabiendo el origen y raíz jurídica del fenómeno, nos será más fácil entender los pormenores

Por otro lado, hablar de la intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, desde el punto de vista de los fines, es decir, en qué y para qué ha de intervenir la Administración, es una temática de naturaleza política, que en síntesis abarca desde las posturas más Intervencionistas, propias de los Estados Socialistas , las tesis intermedias de los Estados Sociales y democráticos de derecho ( *Welfare State o Estado del bienestar*), hasta las tesis liberales extremas, propias del liberalismo económico de Adam Smith y al que, bajo nuevas fórmulas, parece que en la actualidad se está retrocediendo (avanzando dirán otros) a pasos agigantados.

Como es obvio, en un BJI, no puede, siquiera de forma iniciática abordarse el tema desde el prisma político y económico sino que, en este punto, nos limitaremos a la realidad jurídica actual, y sólo a parte de ella.

Quedan, por tanto, para próximos BJI los temas de las formas de gestión indirecta: los contratos del Estado, en especial el contrato de gestión de servicios, así como el régimen de lo que se expone en este BJI en los ámbitos de la Administración Autonómica y Local (estas últimas de Catalunya)

## I.- CONCEPTO DE PRIVATIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO.

El concepto amplio o común de privatización supone la conversión en privado de un servicio o actividad que antes era gestionada por uno o varios entes públicos. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, tal concepto requiere, en primer lugar, la determinación de qué entendemos por servicio público.

Así, generalmente, se ha sólido clasificar la actividad administrativa como sigue:

- a) **Actividad administrativa de Limitación** (antes llamada de policía) por medio de la misma se restringen o acotan los derechos, la libertad o la actividad de los administrados. Se plasma en la potestad sancionadora de la Administración, en las prestaciones forzosas de los particulares, etc, todo ello mediante las técnicas de reglamentación (emisión de bandos, ordenanzas, etc), la autorización, las prohibiciones y los mandatos (vid art.
- b) **Actividad administrativa de Fomento:** por medio de la misma se pretende dirigir la actividad de los particulares hacia fines de interés general mediante incentivos diversos. Se emplean las técnicas de la subvención, las bonificaciones, las desgravaciones ( muy habitual en el Derecho Laboral: bonificaciones de las cuotas de SS de ciertos contratos...)
- c) **Actividad administrativa de Prestación o servicio público:** por medio de ella se suministra mediante organizaciones y servicios propios prestaciones a los administrados (sanidad, educación, transportes, comunicaciones, etc)

Es en este último ámbito en el que se desenvolverá este BJI, en la actividad administrativa de prestación o **servicio público**, entendiéndolo en este sentido más estricto de modalidad de actuación administrativa, y no en el sentido más amplio de servicio público, como actividad total del Estado.

Por tanto, entendemos por **privatización del servicio público:** la gestión por sujetos privados de una actividad que con anterioridad realizaba la Administración, y que consistía en ( sin limitar ni incentivar la actividad privada) satisfacer directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados.

Acotada así el objeto de este BJI se nos plantean, *a priori*, 2 cuestiones:

- **Qué debe ser público o privado en nuestro ordenamiento jurídico**
- **Cómo se pasa de lo público a lo privado.**

### III QUÉ DEBE SER PÚBLICO O PRIVADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como ya se dijo en la introducción es ésta una cuestión de corte más político que jurídico. No obstante existen normas a nivel internacional e interno que marcan las directrices en la materia si bien de una forma general, requerida de ulterior precisión.

#### 3.1 Normativa internacional :

Hay que hacer referencia forzosa a **la OMC** y a sus textos jurídicos conocidos como **Los Acuerdos de la Ronda Uruguay**

El "Acta Final", firmada en Marrakech en 1994, es como una nota introductoria a continuación de la cual figuran todos los demás instrumentos. En primer lugar está el Acuerdo por el que se establece la OMC (o Acuerdo sobre la OMC), que constituye una especie de acuerdo marco e incluye en forma de anexos los acuerdos relativos a las mercancías, los servicios, la propiedad intelectual, la solución de diferencias, el mecanismo de examen de las políticas comerciales y los acuerdos plurilaterales. Las Listas de compromisos también forman parte de los acuerdos de la Ronda Uruguay.

De entre ellos, y en el tema de la privatización podemos afirmar que la OMC es la máxima mentora de la devastación de lo público en todo el planeta. El análisis de la incidencia que en la legislación europea y española han tenido los acuerdos y compromisos adoptados en el seno de la OMC, requeriría no uno, sino varios BJI, como éste. Como ejemplo, aquí tenemos una breve exposición de los motivos que informan el **Acuerdo sobre Contratación Pública**:

*"Reconociendo la necesidad de un marco multilateral efectivo de derechos y obligaciones con respecto a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión cada vez mayor del comercio mundial y a mejorar el marco internacional en que éste se desarrolla"*

En el ámbito de la privatización de servicios públicos interesa también el **Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios**. (AGCS).

En este sentido, la razón de la vorágine privatizadora radica en que los Servicios Públicos representan **mas de la mitad del comercio mundial**.

*1 billón de dólares en agua, 2 billones en educación y 3,5 billones en sanidad. En su conjunto los servicios representan un 50% de la economía mundial, que se eleva a 2/3 en los países ricos, destacando la UE como el principal exportador de servicios ( 25% del total de exportaciones, equivalentes a 300 millardos €(un millardo = mil millones) al año, y más del 50% de inversión extranjera directa).*

*Además, los Servicios Públicos por formar parte de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículos 22, 25 y 26 entre otros), los Servicios Públicos **han estado protegidos** de la voracidad empresarial y por lo tanto son “nuevos mercados “ con “grandes oportunidades de negocio ”.(1)*

Para concluir, en síntesis; estos acuerdos representan la introducción de la competencia en sectores tradicionalmente públicos como la sanidad, los transportes y la educación. Los únicos servicios que quedarían fuera de la oleada privatizadora serían la policía, justicia y defensa nacional y los bancos centrales.

### **3.2 Normativa de la UE:**

Resulta destacable el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dentro del cuál hay que mencionar el TÍTULO III Libre circulación de personas, servicios y capitales; el TÍTULO VI. Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones

En lo que aquí nos atañe el Artículo 86 (TCE) establece:

*1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.*

Por tanto, las empresas públicas habrán de competir en régimen de libre concurrencia con las privadas que presten el mismo tipo de servicio, sin ningún tipo de ventaja sobre las mismas.

En definitiva, y siguiendo a R. Parada, la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se desarrolle con la empresa pública sea de interés público y que la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno, directo ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado.

(fuente: Conclusiones del Foro Social de Zaragoza)

Dentro del marco normativo de la UE, interesa definir los siguientes conceptos:

### **Servicio público**

La noción de servicio público posee un doble sentido: unas veces designa el organismo productor del servicio y otras se refiere a la misión de interés general que se confía al organismo. Es precisamente con el propósito de favorecer o permitir el cumplimiento de la misión de interés general para lo que los poderes públicos pueden imponer obligaciones de servicio público específico al organismo productor del servicio, por ejemplo en materia de transporte terrestre, aéreo o ferroviario, o en materia de energía. Tales obligaciones pueden ser ejercidas a escala nacional o regional. Obsérvese que se confunde con frecuencia erróneamente servicio público con sector público (incluida la función pública), es decir, misión y estatuto, destinatario y propietario.

### **Servicio universal**

El concepto de servicio universal ha sido desarrollado por las instituciones de la Comunidad. Define un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse, en toda la Comunidad, las actividades de telecomunicaciones o correo, por ejemplo. Las obligaciones que se derivan del mismo van dirigidas a garantizar el acceso de todos en todas partes a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y por un precio asequible.

### **Servicios de interés económico general**

Los servicios de interés económico general son actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y están por ello sometidas a obligaciones específicas de servicio público (artículo 86, antiguo artículo 90, del Tratado CE) por parte de los Estados miembros. Es el caso concreto de las redes de transporte, energía y comunicación.

El Tratado de Amsterdam ha introducido un nuevo artículo 16 en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Dicho artículo reconoce el lugar ocupado por los servicios de interés económico general dentro de los valores comunes de la Unión Europea, así como su papel en el fomento de la cohesión social y territorial de la Unión. Estos servicios deben funcionar con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir sus cometidos.

### 3.3 LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La CE, en este punto igual que en otros, es deliberadamente ambigua. Así conviene, en lo atinente al modelo económico destacar los siguientes polos contrapuestos:

**Liberalismo económico: art.38** *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Compete a los poderes públicos garantizar y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación”*

**Art.33** *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes. Nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante al correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

**Intervencionismo estatal: art.1.1** España se constituye en un estado **social** y democrático de derecho.

**Art.9.2** *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y promover la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

El Cap III del Tít I, (arts.39 a 52) recoge los principios rectores de la política social y económica, que deberán informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, sin embargo, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con las leyes que los desarrollen (art.53.3 CE)

También en el Título VII, (Economía y Hacienda) destaca el **art.128.1** *“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está sujeta al interés general.*

**2.** *Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*

En relación con este precepto, relativo al proceso inverso al de privatización, es decir a las nacionalizaciones o a las intervenciones de empresas, parece oportuno citar la STC 127/1994 de 5 de mayo (RTC 1994/127), en que el TC dice que *“...la declaración de la TV como servicio público no es contraria en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos a la CE, ningún preceptos. Así, el art.128.2 CE permite a la ley reservar al sector público recursos o servicios esenciales, y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de 2 expresiones constituciones que no pueden decir lo mismo, obliga a entender que los “servicios esenciales” de una comunidad no tienen por qué ser “recursos naturales o económicos”,*

Por tanto, el concepto de “servicios esenciales” es amplio, y no se limita a recursos energéticos, etc, sino que puede comprender sanidad, educación, o, como en el caso que examina la sentencia TV.

**Art.131.1** *El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*

**2.** *El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las CCAA y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley*

(vid STC 29/96, 27/86, que se refieren a la competencia del Estado para llevar a cabo planes de reconversión industrial)

Se refiere en este precepto a una planificación conjunta, de carácter global, pero sin llegar a los Planes imperativos (propios de la economía soviética), sino que esta planificación conjunta, global encontraría su límite en el derecho a la libertad de empresa del art.38 CE.

Por lo que vemos la CE permite tanto la liberalización del mercado como la iniciativa pública en la actividad económica. Por ello se habla de un modelo de "economía mixta"- En este sentido la STS 10 de octubre de 1989 "...se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que ha dado en llamar un sistema de economía mixta,; apartándose así nuestra CE del orden público anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional"

Descarta, por tanto, nuestra CE el principio de subsidiariedad, en cuya virtud el sector público quedaría limitado a aquellos servicios o actividades no rentables, quedando el resto en manos del sector privado.

Por lo demás, en los arts.148 y 149, se perfilan las competencias de las CCAA y del Estado en los distintos sectores (Transportes, Ferrocarril, Puertos, Aeropuertos, Sanidad, Seguridad Social etc) y, por otro lado, en el art.140 se garantiza la autonomía de los Entes Locales (Provincia y Municipio) para la gestión de sus respectivos intereses.

**CONCLUSIÓN:** en contestación a la pregunta de *¿Qué debe ser público o privado en nuestro ordenamiento?* Debemos afirmar, la tendencia internacional (OMC) a la privatización de servicios, amparada por las normas de competencia en la UE, cuyo control le corresponde a la Comisión y, ya a nivel constitucional, puede afirmarse que existe una cierta flexibilidad-ambigüedad que permite, dentro de un modelo de economía mixta posiciones más o menos proclives a la privatización o a la socialización en función de la voluntad política y, eso sí, respetando los compromisos internacionales



## IV ¿CÓMO SE PASA DE LO PÚBLICO A LO PRIVADO?

Para contestar a tal cuestión seguiremos el siguiente orden expositivo:

- 1) **Formas de gestión del servicio público**
- 2) **Las formas de gestión directa**
- 3) **Las formas de gestión indirecta: los contratos del Estado, en especial el contrato de gestión de servicios (próximo BJI)**
- 4) **La facultad de autoorganización de la administración, límites (próximo BJI)**

### 1) Formas de gestión del servicio público

Hemos delimitado más arriba la actividad de servicio público, frente a las de limitación o policía y la de fomento. Hemos definido la actividad de servicio público como aquella por medio de la que se suministra, mediante organizaciones y servicios propios, prestaciones a los administrados (sanidad, educación, transportes, comunicaciones, etc)

Ahora, veremos cómo se gestiona ese servicio público. Lo primero a resaltar es que, en la legislación aplicable a la Administración del Estado, a diferencia de lo que acontece con la normativa sobre los Entes Locales (Ley 7/85) no se contiene una regulación sistemática de los modos de gestión.

Siguiendo, en este punto, la clasificación que R.Parada (2) **la actividad de prestación o de servicio público puede ser cumplida por la Administración:**

**a) En régimen de Derecho público, bien sea**

- **Por gestión directa**
- **Por gestión indirecta (contratos del estado)**

**b) Por medio de organizaciones privadas propias**

Dicho ello, y en el bien entendido de que la normativa que ahora expondremos resulta de aplicación a los Entes Locales, veremos los modos de gestión de los servicios públicos previstos en la LBRL, que nos servirán de guía para luego desarrollar, mediante la normativa del Estado, fundamentalmente LOFAGE 6/97 de 14 de abril, los modos de gestión de los servicios públicos en el ámbito de la AGE. Veamos pues el art.85 de la LBRL, que establece:

(1) D.Administrativo Parte general Ed.- Marcial Pons 9º ed. Págs 492 y ss

**Art.85 LBRL:**

**1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.**

**2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:**

**A. Gestión directa:**

- a. **Gestión por la propia entidad local.**
- b. **Organismo autónomo local.**
- c. **Entidad pública empresarial local.**
- d. **Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.**

**B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.**

**3. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.**

Siguiendo pues el esquema que nos marca este precepto, vamos ahora a examinar estas formas de gestión en el ámbito de la Administración del Estado, quedando para el tintero las mismas formas de gestión para las CCAA y los Entes Locales.

## **2) GESTIÓN DIRECTA:**

Se produce en aquellos casos en que el Estado presta un servicio directamente, sin acudir a particulares a través de la contratación.

No obstante ello, y como ya se advirtió, la gestión directa puede darse:

- 1) Por la propia Administración en régimen de Derecho Público
- 2) Mediante organizaciones privadas propias (Sociedades Mercantiles de capital público)

Siguiendo este esquema veremos

## 2.1 Gestión directa por el Estado en régimen de derecho público:

Puede darse en cualquiera de las 3 siguientes formas:

### **A. Gestión por la propia Administración General del Estado.**

Es el supuesto más público posible de la gestión de un servicio. En este caso el Estado presta un servicio por sí mismo. En tal sentido, le resulta de aplicación la LOFAGE, que establece, en su art.2 que la AGE, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales (vid art.103. CE), desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo. La AGE, constituida por órganos jerárquicamente ordenados actúa con personalidad jurídica única. Por tanto, en este tipo de gestión, la AGE se organiza en Departamentos Ministeriales y, bajo una única personalidad, realiza las funciones que le son propias a través de los órganos que la integran. Téngase en cuenta, que la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectiva de los Ministerios y de las secretarías de estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno (art.8.2 LOFAGE). Así, la actual organización ministerial puede hallarse en el art.1 del RD 557/2000 de 27 de abril que, en ejercicio de las competencias atribuidas al Gobierno por el art.2.2j) de la Ley 50/97 de 27 de noviembre, estructura la AGE en los siguientes Departamentos:

- 1) Ministerio de Asuntos Exteriores. Real Decreto 687/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores.
- 2) Ministerio de Justicia. Real Decreto 688/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.
- 3) Ministerio de Defensa. Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por los RD 76/2000, de 21 de enero 64/2001 de 26 de enero y 436/2002 de 10 de mayo
- 4) Ministerio de Hacienda Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Ministerios de Economía y de Hacienda. Modificado por, y por Real Decreto 63/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Instituto de Estudios Fiscales. En cuanto al M Hacienda: RD 1330/2000 de 27 de julio por el que se desarrolla su estructura orgánica básica, modificado por los RD 63/2001 de 26 de enero, y 1078/2002 de 21 de octubre
- 5) Ministerio de Economía.-Real Decreto 1371/2000 de 19 de julio por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía, modificado por los RD 680/2002 de 12 de julio 777/2002 de 26 de julio y 1099/2002 de 25 de octubre
- 6) Ministerio del Interior. Real Decreto 1449/2000 de 28 de julio por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del ministerio del Interior, modificado por el RD 511/2002 de 10 de junio
- 7) Ministerio de Fomento Real Decreto 690/2000 de 12 de mayo por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, modificado por el RD 1475/2000 de 4 de agosto y por el RD 444/2001 de 27 de abril
- 8) Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Real Decreto 691/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, desarrollado por el RD 1331/2000 de 27 de julio
- 9) Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Real Decreto 1888/1996, de 2 de agosto, modificado por RD 140/1997 de 31 de enero, 2288/1998 de 23 de octubre y por Real Decreto 692/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por la DD 3ª de la Ley 27/99 de Cooperativas.



- 10) Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación: Real Decreto 693/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, modificado por RD 1282/2000 de 30 de junio, y RD 908/2001 de 27 de julio, etc.
- 11) Ministerio de la Presidencia. Real Decreto 808/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, desarrollada por RD 1281/2000 de 30 de junio y modificada por RD 776/2002 de 26 de julio
- 12) Ministerio de Administraciones Públicas. Real Decreto 694/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas, modificado por el RD 1372/2000 de 19 de julio y por el RD 1000/2002 de 27 de septiembre
- 13) Ministerio de Sanidad y Consumo. Real Decreto 809/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, modificado por el RD 840/2002, de 3 de agosto
- 14) Ministerio de Medio Ambiente. Real Decreto 695/2000 de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, desarrollada por el RD 1415/2000 de 21 de julio, modificado, a su vez, por los RD 376/20001 de 6 de abril y 1126/20001 de 19 de octubre
- 15) Ministerio de Ciencia y Tecnología: Real Decreto 696/2000 por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología, desarrollado por el RD 1451/2000 de 28 de junio y modificado por los RD 464/2002 de 24 de mayo y RD 1384/2002 de 20 de diciembre

El interés de la copiosa normativa que se acaba de exponer viene dado porque los Delegados de Personal o Secciones Sindicales de cada sector sabrán a través de estas disposiciones la estructura orgánica de cada Departamento, a quién han de dirigir las reclamaciones previas, los recursos, si la resolución de tal o cual órgano agota o no la vía administrativa, si su Organismo Autónomo está adscrito al Ministerio en cuestión qué órgano del mismo ejerce la tutela, etc, etc, etc. En definitiva se expone, porque, aparte de expresar la estructura de la AGE, es una herramienta que puede ser útil en la redacción de escritos jurídicos.

Para terminar con el capítulo de gestión directa por la propia AGE, hay que tener en cuenta la organización administrativa de los Ministerios: (arts.5-7 y art.9 LOFAGE.)

Hay que distinguir Administración Central (arts.8-21 LOFAGE) de Administración Territorial (arts.22-35)

Dentro de la Administración central, se distingue, a su vez, entre

- A) Órganos superiores
  - Ministros
  - Secretarios de Estado
- B) Órganos directivos:
  - Subsecretarios y Secretarios generales
  - Secretarios generales técnicos y Directores generales
  - Subdirectores generales.

Dentro de la Administración territorial, distinguimos:

- Delegados del Gobierno en las CCAA
- Subdelegados del Gobierno en las provincias.

Las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales técnicas, las Direcciones y Subdirecciones Generales y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministerio interesado y a propuesta del MAP.

Los órganos de nivel inferior a Subdirección general se crean, modifican y suprimen por Orden del Ministerio respectivo, previa aprobación del MAP.

Las unidades que no tengan la consideración de órganos, se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo (vid art.10 LOFAGE, en cuanto a las RPT vid art.15 de la Ley 30/84)

Se entiende por **órgano**(art.5 LOFAGE) la unidad administrativa a la que se atribuyan funciones que tenga efectos jurídicos frente a terceros, o cual actuación tenga carácter preceptivo. Se entiende por **unidad administrativa** (art.7 LOFAGE):son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo que se aprobarán de acuerdo con su regulación específica, y se interna en un determinado órgano.

A efectos jurídicos, ni el órgano, ni la unidad administrativa gozan de personalidad jurídica, por lo que no podremos demandarlos (p.ej. no podemos demandar a la Unidad de Recursos Humanos de tal o cual Ministerio). Ello, la carencia de personalidad jurídica les distingue de los Organismos públicos, que luego veremos, que sí la tienen: Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Sociedades Mercantiles Estatales.

La ordenación jerárquica de los órganos centrales que se han citado es la que sigue (que nos será útil en los supuestos en que haya que determinar si tal o cual órgano tiene o no un superior jerárquico, a efectos de recurrir en alzada)

#### Ordenación jerárquica (art.11 LOFAGE)

1º) Ministro

2º) Secretario de Estado

(De cualquiera de los 2 anteriores pueden depender los 3 siguientes y por este orden):

3º) Subsecretario (y Secretario General)

4º) Director General (y Secretario General Técnico)

5º) Subdirector general

Es competencia del Ministro: determinar y, en su caso, proponer la organización interna de su Ministerio, de acuerdo con la LOFAGE; proponer y ejecutar, en el ámbito de sus competencias, los planes de empleo del Ministerio y de los Organismos Públicos (OOPP) de él dependientes y modificar la RPT del Ministerio.

Por otro lado, téngase en cuenta que el art.67 LOFAGE regula los procedimientos de determinación de las estructuras de la AGE y sus Organismos públicos. Así,

- a) La organización de los Ministerios se determinará por RD del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro/s interesados y a propuesta de MAP, en los supuestos de creación, modificación, refundición o supresión de Subsecretaría, Secretarías, Secretarías Generales, Secretarías Generales Técnicas, Direcciones Generales, Subdirecciones Generales y órganos asimilados.
- b) El resto de la organización de los Ministerios que suponga la creación, modificación, refundición o supresión de órganos inferiores a Subdirección General se determinará por Orden ministerial, previa aprobación del MAP.

En el mismo art.67 se contempla la necesidad de RD para modificar las estructuras orgánicas de las Delegaciones del Gobierno, y para organizar los servicios territoriales no integrados en la estructura de las delegaciones del Gobierno.

En cuanto a las competencias generales sobre organización, función pública, procedimientos e inspección de servicios, dispone el art.66 LOFAGE que las competencias sobre tales cuestiones, que no se atribuyan específicamente conforme a una ley a ningún otro órgano de la Age corresponderán al MAP

En conclusión, vemos que la gestión directa por la AGE, como luego se comentará con mayor detalle, supone una casi omnímoda facultad de autoorganización del Ministro competente, para organizar el Departamento creando, suprimiendo o alterando los elementos que integran su estructura.

En definitiva, la **potestad de organización** de la AGE se plasma en el art.11 Ley 30/92, en relación con el art.7 LOFAGE. El primero dispone que corresponde a cada AP delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

### **Actuación jurídico-sindical en los supuestos de modificación de la estructura interna de un Ministerio, sin que se cree ninguna persona jurídica:**

Desde el punto de vista Sindical, en cuanto a los **derechos de las Juntas de Personal y de los Delegados de personal o miembros de los Comités de Empresa en orden a controlar las modificaciones en la organización de la estructura de su correspondiente Departamento**, hay que estar a lo que disponen los siguientes preceptos:

- a) **Mesa General y Mesas sectoriales:** en el art.34 de la Ley 9/87 (en relación con los derechos de consulta y negociación de las Mesas) se dispone "*Quedan excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, en su caso, las decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización...*"(entre las facultades de organización deben entenderse comprendidas las de modificación de la estructura de los Ministerios). Al contrario, son objeto de negociación ex art.32 de la misma ley 9/87: la clasificación de los puestos de trabajo, y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la FP, carrera administrativa, retribuciones y SS, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley. (art.32 d y j, Ley 9/87)
- b) **Juntas de Personal y Delegados del Personal Funcionario:** tienen derecho a recibir información que les será facilitada trimestralmente sobre la política del personal del Departamento, Organismo o Entidad Local (art.9.1 Ley 9/87); tienen derecho a emitir informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre las siguientes materias: Implantación o revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo. Por tanto, en estos ámbitos, cuanto menos habría de informarse por parte de la Administración de los cambios organizativos que pretendan introducirse.

En este punto hay que precisar que los supuestos de infracción de los derechos información, consulta y participación de que sean titulares las Mesas (General o Sectoriales) y las Juntas de personal, habrá que encauzarlas a través del procedimiento, primero administrativo, en su caso, y después, contencioso-administrativo. En estos supuestos (ej, frecuente de infracción de los derechos de información de las Juntas de Personal) no sería competente la Inspección de Trabajo y SS, puesto que se trata de relaciones de derecho administrativo (vid art.7.7 del RDL 5/00 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la LISOS,) y lo que se tipifica como infracción grave en la LISOS es la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales en los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos. A la inversa, cuando una Sección Sindical ha denunciado la infracción de los derechos de información de las Juntas de Personal por la vía contencioso-administrativa (alegando nulidad o anulabilidad ex arts 62 ó 63 de la Ley 30/92) por falta de audiencia a las Juntas de personal (aunque en demandas por productividad) el orden contencioso-administrativo ha aducido falta de legitimación activa de la Sección sindical para recurrir por la infracción de derechos cuyo titular son las juntas de



personal. (SJCAN nº 6 nº 195/2004 FºDº 3º). A mi entender se confunde por tal sentencia el derecho del Delegado sindical ex art.10.1.3 LOLS con el de la Junta de personal, ex art.9 Ley 9/87.

- c) **Delegados de Personal Laboral y miembros de los Comités de Empresa:** sus derechos en este punto vienen contemplados en el art.64 del RDL1/95 de 24 de marzo (Estatuto Trabajadores) y, en tal sentido tienen derecho a recibir información, que les será facilitada trimestralmente, al menos sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa...etc, así como emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre reestructuraciones de plantilla (ya hemos visto que las unidades administrativas se vinculan a las RPT), por lo que una modificación de RPT, en el caso del personal laboral catálogo de puestos, habría de ir precedida de informe previo del comité o los delegados, en el ámbito en que se produzca. La infracción de los derechos de información citados caería dentro de la competencia de la Inspección de Trabajo (vid. Supra, y BJI sobre la ITSS) Ver infra mejoras del CU. Asimismo, la infracción de los derechos de información de los representantes de los trabajadores se ha considerado por la jurisprudencia como vulneración del derecho a la libertad sindical, al menoscabar las posibilidades de actividad sindical, que es parte del contenido del derecho fundamental, así, entre otras: STS 22/06/1995 RJ 5362; STS 20/04/1998 RJ 3480
- d) **Secciones Sindicales** (LOLS): las Secciones Sindicales tienen los derechos que les reconoce la LO 11/85 de 2 de agosto. Si el Delegado Sindical forma parte del Comité de empresa, ésta cumplirá su deber de información informando al Comité de Empresa ( STSJ Castilla-La Mancha 18 de marzo de 1993 RJA 1993\1630) sin que esté obligada a entregarla también al delegado sindical. Si bien hay jurisprudencia en contra de este criterio restrictivo, que afirma que tal derecho a la información corresponde también al delegado sindical, aunque el sindicato tenga miembros en el Comité de empresa (STSJ Baleares 15 de febrero 1993 RJA 1993\708). Valga aquí lo dicho sobre que los derechos de información, en este caso de los delegados sindicales, forman parte del contenido del derecho de libertad sindical y se tutelan por el procedimiento previsto en los arts.175 y ss de la LPL, así. STSJ Galicia 21/04/93 RJ 1927; STSJ País Vasco de 31/01/94 RJ 84; STSJ Madrid de 8/07/93;RJ 1993 entre otras muchas.

En el ámbito de la AGE, hay que tener, tanto en este punto como en el anterior, en cuenta el Cap XV del Convenio Unico (BOE 1-XII-1998). En concreto, en cuanto a los Delegados Sindicales, dispone el art.92 CU, que en este punto mejora a la LOLS que:

Art.92.1 Los Delegados sindicales, ....., disfrutarán de los mismos derechos y garantías que los representantes de los trabajadores en los Comités de Empresa o Delegados de personal (todos los previstos en el art.64 y 68 ET)

Art92.4 Los Delegados sindicales representan a los afiliados de su respectiva organización sindical en todas las gestiones necesarias ante la administración y tienen derecho a ser oídos por la Administración en el tratamiento de aquellos problemas de carácter colectivo (la modificación del catálogo de puestos o de la estructura del Ministerio, es un problema de carácter colectivo a mi entender) En materia de reestructuración de plantillas y traslados se estará a lo dispuesto en el Cap V (arts.21-28 CU sobre modificación sustancial y movilidad funcional y geográfica)

(Vid también DT 12ª del CU)

## **B. Gestión directa a través de Organismos Autónomos (OOAA)**

Antes de empezar con los OOAA hay que precisar que tanto éstos como las Entidades Públicas empresariales (EPE) son especies del género **Organismo Público** que el art.41 de la LOFAGE define como los creados bajo la dependencia o vinculación de la AGE, para la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestacionales, como de contenido económico, reservadas a la AGE. Dicho ello, examinemos ahora el régimen jurídico de los OOAA y de las EPE, como clases de Organismo público.

El régimen jurídico de los OOAA viene contemplado en el Cap II del Tít III de la LOFAGE (arts.45 a 52). Los OOAA se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de **actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos** (ejs. INSS, INE, TGSS, INEM, FOGASA, INSHT, Instituto de la Mujer, Instituto de Turismo....etc)

Los OOAA, que **gozan de personalidad jurídica pública** diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos de la LOFAGE, dependen de un Ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que esté adscrito el organismo.

En cuanto al **personal al servicio de los OOAA** (art.47 LOFAGE), será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la AGE. El titular del máximo órgano de dirección del OA tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que le asigne la legislación específica.

No obstante, ello, la **Ley de creación podrá establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal** del OA, en materias de:

- a) Oferta de empleo
- b) Sistemas de acceso
- c) Adscripción y provisión de puestos
- d) Régimen de movilidad de su personal

El OA estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el MAP y a comunicar cuando acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su Ley de creación.

También es de destacar que las demandas individuales por la vía laboral habrán de ir precedidas de reclamación previa (art.125 Ley 30/92, 69 y ss LPL )

Otro tema de interés es el **régimen de contratación de los OOAA**(nos referimos aquí a los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, a través de los cuales se externaliza, en ocasiones, la gestión de un servicio); pues bien, el régimen de contratación se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones públicas (art.49 LOFAGE), por lo que hay que remitirse al RDL 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En fin, en cuanto al **régimen presupuestario**, (art.50 LOFAGE) hay que estar a lo que dispone la Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que en sus 2 primeros preceptos:

**Art.1** *Esta Ley tiene por objeto la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal.*

**Art. 2** *Sector público estatal.*

**1.** *A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal:*

- a. *La Administración General del Estado.*
- b. *Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado*



Etc...

Para terminar, en cuanto a **la impugnación y reclamaciones contra los actos de los OAAA** (art.52 LOFAGE) los actos y resoluciones de los OAAA son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley 30/92 (reposición, alzada y revisión: arts.107–119) Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales, serán resueltas por el órgano máximo del OA, salvo que su Estatuto asigne la competencia a uno de los órganos superiores del Ministerio de adscripción.

### **Actuación jurídico–sindical en los supuestos de modificación de la estructura interna de un Ministerio, pasando parte de su estructura a formar un OA, con personalidad jurídica diferenciada:**

Dado que estamos estudiando la privatización de los servicios públicos partiremos del supuesto (uno de los varios posibles) de creación de un Organismo Autónomo para gestionar servicios que antes estaban siendo gestionados de forma directa por la propia AGE. P.ej. la gestión del servicio de concesión de permisos de residencia, la AGE decide, en un momento dado crear un OA, llamémosle “Instituto Nacional de Extranjería”). Aunque sea éste el supuesto que nos va a servir de ejemplo, es decir, paso de gestión directa por el propio Ministerio a gestión por OA de un servicio público, es perfectamente posible pasar de la gestión de ese mismo servicio por una EPE a ser gestionado por un OA, o incluso de ser gestionado por un OA a ser gestionado por el propio Ministerio, si bien, la tendencia a la “huída del Derecho Administrativo” tan en boga en la actualidad hace que estos últimos supuestos sean más bien raros en la praxis.

La LOFAGE, en su art.61 dispone que la creación de los OAAA y de las EPE se efectuará **por Ley**. Esta **Ley de creación establecerá:**

- a) El tipo de Organismo Público que se crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u Organismo de adscripción
- b) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades, de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

El anteproyecto de ley de creación del Organismo público que se presente al Gobierno deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y del Plan inicial de actuación del organismo a los que se refiere el artículo 62.

Llegados a este punto, queda claro que, dado que el OA se crea por Ley, poco o nada podemos hacer “contra esa ley”, puesto que contra la misma sólo cabe recurso de inconstitucionalidad (art.161, 1 a) CE y arts.31 a 34 LOTC) o cuestión de inconstitucionalidad (art.163 CE y arts.35 a 37 LOTC)

No obstante, antes de llegar a ese punto es evidente que cuando la iniciativa parte del Gobierno, ha de elaborar el consiguiente anteproyecto de Ley, de conformidad con lo que dispone el art.22 y ss (Tít V de la Ley 50/97 de 27 de noviembre) .

Entiendo, sin perjuicio de lo ya dicho en el art.34 de la Ley 9/87, que dispone “*Quedan excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, en su caso, las decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización* que la creación de una nueva persona jurídica, destinando a la misma personal funcionario y /o laboral que pertenecían al Departamento, debe ser negociada previamente en los correspondientes ámbitos en los términos que pasamos a detallar, y ello es así tanto desde el punto de vista de las relaciones funcionariales, como desde la óptica, (con mayor razón si cabe) de las relaciones laborales.

En el caso de las relaciones funcionariales, y sin perjuicio de la potestad autoorganizativa de la Administración, obvio resulta, por lo ya dicho, que la creación de un OA

- a) **Mesa General y Mesas sectoriales:** son objeto de negociación ex art.32 de la misma ley 9/87: la clasificación de los puestos de trabajo, y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la FP, carrera administrativa, retribuciones y SS, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley, como es el caso (art.32 d y j, Ley 9/87). Esta negociación habría de producirse antes de la aprobación del Anteproyecto de Ley por el Ministerio correspondiente, puesto que el art.22.2 de la Ley50/97 *“El procedimiento de elaboración de proyectos de ley,...se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria y los estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar”* Téngase en cuenta que habrá de elaborarse una nueva RPT para el correspondiente OA y que, por tanto ello debe negociarse en la Mesa correspondiente y puede conllevar consecuencias económicas que, al tenor del citado precepto habría de incluirse en la memoria económica que preceptivamente a de acompañar a todo anteproyecto.  
Sin perjuicio de ello, hay que tener en cuenta el art.34.2 de la Ley 9/87 que dispone que *“Cuando las consecuencias de las decisiones de las AAPP que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las Organizaciones sindicales y sindicatos que se refieren los arts.30 y 31.2 de la presente Ley.* Es decir:  
– Las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de CA, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal”
- b) **Juntas de Personal y Delegados del Personal Funcionario:** tienen derecho a recibir información que les será facilitada trimestralmente sobre la política del personal del Departamento, Organismo o Entidad Local (art.9.1 Ley 9/87); tienen derecho a emitir informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre las siguientes materias: Implantación o revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo. Por tanto, en estos ámbitos, cuanto menos habría de informarse por parte de la Administración de los cambios organizativos que pretendan introducirse.  
Valga aquí lo dicho, respecto de la infracción de los derechos de información de las Juntas de personal más arriba (pág 15)
- c) **Delegados de Personal Laboral y miembros de los Comités de Empresa:** sus derechos en este punto vienen contemplados en el art.64 del RDL1/95 de 24 de marzo (Estatuto Trabajadores) y, en tal sentido tienen derecho a recibir información, que les será facilitada trimestralmente, al menos sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa...etc, así como emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre reestructuraciones de plantilla  
Desde el punto de vista laboral, y dado que, como ya se ha visto, el OA goza de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de la AGE, se produciría en este caso una **sucesión de empresas**, que se regula, en primer lugar, en el art.44 del RDL 1/95 de 24 de marzo (ET), en la redacción dada por la Redacción según Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en el que se establece:

**Artículo 44 RDL 1/95 (ET) . La sucesión de empresa.**

1. **El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.**

2. **A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría.**

3. **Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.**

*El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.*

4. **Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.**

**Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.**

5. **Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.**

6. **El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:**

- a. **Fecha prevista de la transmisión;**
- b. **Motivos de la transmisión;**
- c. **Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y**
- d. **Medidas previstas respecto de los trabajadores.**

7. **De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.**

8. **El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.**

*En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.*

9. **El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los arts 40 y 41 ET.**



10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

- d) **Secciones Sindicales** (LOLS): las Secciones Sindicales tienen los derechos que les reconoce la LO 11/85 de 2 de agosto. Si el Delegado Sindical forma parte del Comité de empresa, ésta cumplirá su deber de información informando al Comité de Empresa ( STSJ Castilla-La Mancha 18 de marzo de 1993 RJA 1993\1630) sin que esté obligada a entregarla también al delegado sindical. Si bien hay jurisprudencia en contra de este criterio restrictivo, que afirma que tal derecho a la información corresponde también al delegado sindical, aunque el sindicato tenga miembros en el Comité de empresa (STSJ Baleares 15 de febrero 1993 RJA 1993\708)

En el ámbito de la AGE, hay que tener, tanto en este punto como en el anterior, en cuenta el Cap XV del Convenio Unico (BOE 1-XII-1998). En concreto, en cuanto a los Delegados Sindicales, dispone el art.92 CU, que en este punto mejora a la LOLS que:

Art.92.1 Los Delegados sindicales, ....., disfrutarán de los mismos derechos y garantías que los representantes de los trabajadores en los Comités de Empresa o Delegados de personal (todos los previstos en el art.64 y 68 ET) Por tanto, tienen los mismos derechos de información.

Art92.4 Los Delegados sindicales representan a los afiliados de su respectiva organización sindical en todas las gestiones necesarias ante la administración y tienen derecho a ser oídos por la Administración en el tratamiento de aquellos problemas de carácter colectivo (la modificación del catálogo de puestos o la sucesión de empresas, es un problema de carácter colectivo a mi entender) En materia de reestructuración de plantillas y traslados se estará a lo dispuesto en el Cap V (arts.21-28 CU sobre modificación sustancial y movilidad funcional y geográfica)

(Vid también DT 12ª del CU) Se ha reproducido lo previsto más arriba en el apartado A.1.1

### **C. Gestión directa a través de Entidad Pública Empresarial (EPE)**

Las EPE vienen reguladas en los arts. 53 a 60 de la LOFAGE, que las define como *Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.*

Vemos aquí la diferencia con el OA, que giene por objeto: **de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos**

Ambas pueden realizar prestacionales y de gestión de servicios, pero en la EPE son susceptibles de contraprestación y, además, la actividad de fomento, parece que se reserva al OA y la de producción de bienes de interés público a la EPE.

Así, a título de ejemplo, son EPE: la Escuela Oficial de Turismo, el Consorcio de compensación de Seguros (RD 370/99), la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo, la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, Gestor de Infraestructuras ferroviarias (GIF), etc

Las EPE se **rigen por el Derecho privado**, excepto en:

-La formación de la voluntad de sus órganos: que se regirá por sus estatutos y, supletoriamente por lo previsto en los arts.22 a 27 de la Ley 30/92)

-El ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas: las potestades administrativas, en general, son la potestad reglamentaria, autoorganizativa, tributaria, de investigación y recuperatoria, planificadora, expropiatoria, recaudatoria, sancionadora, etc.

–Los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

En cuanto al **personal al servicio de las EPE (art.55 LOFAGE)**: se rige por el **Derecho Laboral**, con las especificaciones dispuestas en este precepto y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la AGE, y, en su caso, de otras AAPP; quienes se regirán por la legislación de Función Pública que les resulte de aplicación.

**La selección de personal de las EPE se rige conforme a estas reglas:**

a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios de competencia profesional y experiencia, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:

- La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada
- La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la LGP.

Todo ello, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

b) El resto de personal: será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad mérito y capacidad

Resulta sorprendente que al personal directivo se le excluya de los principios de mérito y capacidad cuando, precisamente, es el que se supone que tiene mayor responsabilidad (profesional personal y directa), por la gestión desarrollada. En la práctica supondrá un coladero para el nepotismo y el clientelismo político.

**La determinación y modificación de las condiciones retributivas**, tanto del personal directivo (que normalmente estará “fuera de convenio”) como del resto del personal, requieren el informe conjunto, previo y favorable, del MAP y el MEH

Ambos Ministerios, realizarán controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, conforme a los criterios previamente establecidos por los mismos.

Nos encontramos aquí con un problema en la negociación (**ojo se establecen criterios por órganos externos (MAP y MEH) que las unidades negociadoras (en la EPE) no negocian**)

**En cuanto a los Funcionarios Públicos adscritos al EPE**: dispone el apdo 5 del art.55 que la Ley de creación de cada EPE deberá determinar las condiciones conforme a las cuales, los funcionarios de la AGE y, en su caso, de otras AAPP, podrán cubrir destinos en la referida entidad, y establecerá, sobre este personal que, en todo caso, serán las que tengan legalmente atribuidas los OOAA (vid art.47 LOFAGE).

En definitiva se establece aquí un régimen funcional a la carta. La técnica (por la experiencia de Correos) consiste en habilitar por la ley de creación al Ministerio correspondiente, para, vía reglamentaria, desarrollar un reglamento (RD), que contenga las peculiaridades del régimen jurídico de los funcionarios de la EPE, quedando como supletorio el derecho de la Función Pública común. En el caso de Correos era el RD 1638/95 de 6 de octubre. Pero aquí sí puede entrar el sindicato a impugnar el Reglamento en todo aquello que sea contrario a la CE, a la Ley o al principio de jerarquía normativa, de conformidad con lo establecido en el art.25, 26 y 66 LJCA. La impugnación puede proceder por motivos de forma o de fondo.

En cuanto a la forma, hay que estar a lo que dispone la Ley 50/97 sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas (arts.23–25 Ley 50/97); ej por falta de informe de la Secretaría General Técnica.

En cuanto al fondo, los motivos de impugnación serían la vulneración de jerarquía normativa, por oponerse a lo dispuesto por una norma de rango superior, o por regular materias que la CE o los Estatutos de Autonomía reconocen como competencia de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las CCAA

En cuanto a la **impugnación y reclamación contra los actos de las EP**: contra los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas por las EPE caben los recursos administrativos previstos en la Ley 30/92 (reposición, alzada y revisión ex arts.107-119). Las **reclamaciones previas** a la vía judicial, civil o laboral, serán resueltas por el órgano máximo de la EPE, salvo que, por sus estatutos, tal competencia se atribuya al Ministerio u Organismo Público al que esté adscrito.

### **Actuación jurídico-sindical en los supuestos de modificación de la estructura interna de un Ministerio, pasando parte de su estructura a formar una EPE, con personalidad jurídica diferenciada**

Téngase en cuenta, que también se puede pasar de OA a EPE, o al revés, y que en definitiva el análisis de cada una de las muchas posibilidades en el ejercicio de la potestad autoorganizativa de la administración sería tedioso y, a menudo, reiterativo en cuanto a las posibilidades de actuación jurídico-sindical.

Dicho ello, podemos afirmar que todo lo expuesto con anterioridad para los supuestos de modificación de la estructura interna de un Ministerio, pasando parte de su estructura a formar un OA, con personalidad jurídica diferenciada, resulta de aplicación al caso que estamos examinando, en cuanto a la actuación sindical. (vid punto A.1.2)

Por ello, vamos ahora a examinar, qué establece la LOFAGE, para los **casos de modificación y refundición de OOAA o EPE**: (ej. TGSS e INSS pasan a ser un único OA o EPE)

En su art 63 se dispone que **la modificación o refundición de OOAA o EPE deberá producirse por Ley** cuando suponga la 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, y cualesquiera otras que exijan norma con rango de ley.

En los demás casos las modificaciones o refundiciones de los OOAA o EPE se llevarán a cabo, aunque supongan modificación de la Ley de creación, por RD acordado en Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del MAP y MEH y a iniciativa del Ministro o Ministros de adscripción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo.(art.67.2 LOFAGE)-

Vemos en este precepto como se habilita para, por vía de RD, modificar lo dispuesto en la Ley, lo cual no deja de ser una vulneración de la jerarquía normativa. ¿Pueden las Cortes, fuera de los cauces previstos en los arts.82 a 85 de la Constitución delegar en el Gobierno la facultad de modificar por vía reglamentaria lo previsto en las leyes?. Cuanto menos, a mi entender en este punto el art.63.2 de la LOFAGE resulta de cuestionable constitucionalidad-.

Por otro lado, téngase en cuenta que, como se ha dicho ya, no podremos hacer jurídicamente nada contra la ley de creación, modificación o refundición del OA o de la EPE, (contra las que sólo cabe recurso de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad), pero sí que podemos “**mirar con lupa**”, **los estatutos del correspondiente OA o EPE**, a fin y efecto de detectar alguna irregularidad que los haga susceptibles de ser anulados. Para ello, debemos tomar el **art.62 de la LOFAGE**, establece que **los Estatutos de los OOAA y de las EPE regularán los siguientes extremos** (por tanto si no regulan alguno ya tenemos motivo de recurso, o si regulan extremos que han de ser regulados por ley, en tal caso infringirían el principio de jerarquía normativa):

a) *La determinación de los máximos órganos de dirección del Organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con indicación de aquellos*



*cuyos actos y resoluciones agoten la vía administrativa. La configuración de los órganos colegiados, si los hubiese, con las especificaciones previstas en el art.38.2 LOFAGE (En este sentido, en sede de negociación sería interesante incluir en los órganos colegiados de dirección algún o algunos representantes del personal o sindicales, para tener así acceso a las actas y a las deliberaciones de los máximos órganos del OA o de la EPE)*

- b) *Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que ése puede ejercitar, y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de los OOAA y la determinación de los órganos que, excepcionalmente se asimilen a los de un determinado rango administrativo, en el supuesto de EPE. En el caso de EPE, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.*
- c) *El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que haya de financiar el Organismo*
- d) **El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.**
- e) *El régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero y contabilidad, que será, en todo caso, el establecido en la LGP*
- f) **La facultad de creación o participación en sociedades mercantiles cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados**

Este último inciso constituye una peligrosa puerta para la privatización o externalización de servicios, mediante la creación de Sociedades participadas por el OA o la EPE, pero que se regirán por el Derecho Privado y que, en la práctica pueden acabar vaciando de contenido los servicios que, hasta entonces, podían llevarse a cabo por el OA o la EPE.

En definitiva, como Sindicato, habremos de tener, vía art.44 ET o vía los derechos de información de las Secciones Sindicales estatales o vía las Juntas de Personal, tanto el texto del anteproyecto de ley de creación del OA o la EPE, como el texto de sus estatutos y de su plan inicial de actuación. Sin ello, careceremos de los elementos mínimos para informar al personal de lo que se avecina y de cómo variarán sus derechos y, en general su posición jurídica, frente a la Administración.

Para terminar, conviene tener en cuenta el **RD 1162/1999 de 2 de julio (BOE nº 166 de 13 de julio de 1999) por el que se regula el contenido del plan inicial de actuación de los Organismos Públicos (OA o EPE)**

Establece el citado RD que el plan inicial de actuación de los OOPP de nueva creación (art.62.2 LOFAGE), tendrá por objeto definir la misión de., OP cuya creación se pretende, establecer las metas generales u objetivos necesarios para su logro y las líneas de actuación adecuadas para alcanzarlos y determinar los recursos humanos, financieros y materiales precisos para el funcionamiento del organismo.

El **plan inicial debe contener** (art.1.2 RD 1162/99):

- a) Declaración expresa de la misión del organismo y memoria acreditativa de la conveniencia de su creación
- b) Plan estratégico
- c) Plan económico financiero
- d) Previsiones sobre recursos humanos y de información

El ámbito temporal del plan inicial es de 4 años. El plan se aprueba por el titular del Ministerio del que dependa el OA o la EPE que se pretenda crear.

Nos limitaremos aquí a comentar los arts.4 y 5 del citado RD, que contienen lo relativo a la Estructura y contenido del plan económico financiero y a las previsiones sobre recursos humanos y de información

**Art. 4** *El plan económico financiero recogerá los recursos financieros precisos para el cumplimiento de las metas u objetivos y estará formado por los siguientes apartados:*



- a) *El patrimonio inicial con que se dota al organismo, diferenciando el propio del adscrito (Vid Ley 33/03 de Patrimonio del Estado)*
- b) *La previsión de gastos de explotación e inversiones*
- c) *Un estudio desde la perspectiva económico-financiera sobre los recursos humanos a incorporar al organismo, en el que se determinará la previsión de las retribuciones correspondientes a las distintas clases de personal a que se refiere el artículo siguiente.–. En el supuesto de que el organismo público que se pretenda crear suponga la asunción de competencias anteriormente desempeñadas por otro organismo público o por órganos ministeriales, se reflejarán las supresiones, refundiciones y demás modificaciones orgánicas que puedan derivarse de la creación del nuevo organismo. En estos casos deberán reflejarse los efectivos de personal procedentes del organismo/s ministeriales que antes desempeñaban estas funciones, que pasan al nuevo organismo público.*
- d) *La descripción y análisis de las fuentes de financiación*

**Art.5** *Con el horizonte temporal de 4 años se **incorporará la previsión sobre los recursos humanos precisos para el cumplimiento de las metas u objetivos del organismo**, en cuanto al nº de efectivos y al tipo de relación de servicios, ya sean personal funcionario, personal laboral o ambos.*

*Dicha previsión estará relacionada con la estructuración del organismo y **ordenará al personal funcionario por grupos de titulación y al personal laboral por niveles, grupos profesionales o categorías.***

*El plan inicial de actuación incorporará el plan de recursos de información, que incluirá las políticas generales y directrices, así como los estándares técnicos aplicables a la adquisición y gestión de estos recursos y de las tecnologías que constituyen su soporte.*

**Comentario:** como se ve el plan de actuación del organismo (sea OA o EPE) es de enorme importancia y en el mismo se reflejan las cuestiones fundamentales relativas al régimen jurídico del personal que quedará adscrito al mismo, las estructuras organizativas que se suprimirán o los OOAA o EPE que desaparecerán para crear el nuevo organismo (Ej, se suprime la TGSS o el INSS para crear un nuevo organismo con forma de EPE). Habida cuenta de ello, habrá que obtener el plan inicial de actuación, bien sea por los cauces de información habituales, bien mediante solicitud dirigida al responsable del Departamento (Ministerio) o OA o EPE que vaya a transformarse y en cuyo ámbito tengamos representación, tanto por el cauce de las Secciones sindicales como por el de los Comités de Empresa o Delegados de Personal, puesto que, desde la óptica laboral, de lo que estamos hablando es de una sucesión de empresas, que genera, con la debida antelación, los derechos de información, expuestos más arriba y que aquí daremos por reproducidos.

#### ***D.– Gestión directa por las llamadas entidades “autocéfalas” o Agencias***

Se trata de Organismos Públicos con personalidad jurídica propia, sometidos a un régimen jurídico específico. En la actualidad, vienen relacionados en las DA 6ª a 10ª de la LOFAGE. Son las siguientes.

- 1) **Entidades Gestoras y servicios comunes de la SS:** a las mismas se dedica la DA 6ª de la LOFAGE que establece que les serán de aplicación las previsiones de la LOFAGE, relativas a los OOAA, salvo: el régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable de las entidades gestoras y de la TGSS, así como el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídicas, será el establecido por su legislación específica, por la LGP, en las materias que sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE. Su legislación específica, por poner un ejemplo, en el caso de la TGSS es:
  - TGSS: RD 2318/1978 de 15 de septiembre modificado por el RD 1274/1980 de 30 de junio y el RD 1314/1984 de 20 de junio por el que se regula la estructura y competencias de la TGSS, modificado, a su vez, por los RD 1619/1990 de 30 de noviembre y 2583/1996 de 13 de diciembre y 291/2002 de 22 de marzo

- 2) **Consejo de Estado:** se rige por su legislación específica (vid LO 3/80 y sus modificaciones)
- 3) **Banco de España:** se rige por su legislación específica (vid Ley 13/94 y modif.)
- 4) **Agencia Estatal de Administración Tributaria:** se rige por su legislación específica (, por las disposiciones de la LGP que le sean de aplicación y supletoriamente por la LOFAGE. La AEAT se crea por el art.103 de la Ley 31/90 de 27 de diciembre que ha sido modificada por: Ley 18/91 de 6 de junio, 31/91 de 30 de diciembre, 21/93 de 23 de diciembre, 66/97 de 30 de diciembre, 50/98 de 30 de diciembre; 55/99 de 29 de diciembre, y 24/2001 de 28 de diciembre. Como se ve, casi anualmente sufre modificaciones.
- 5) **Determinados Organismos Públicos:** son los contemplados en la DA 10ª de la LOFAGE, ej: CNMV, CSN, RTVE, APD, etc que se rigen por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE.

**Comentario:** En principio, la creación de organismos públicos (OOAA o EPE) se rige por la LOFAGE, si bien se respetan por esta ley las especialidades previstas para estos entes que acabamos de citar. En teoría es posible crear nuevas "agencias" tipo AEAT por ley. La experiencia nos muestra que para los funcionarios suponen una falta de movilidad, pues se suelen crear Cuerpos especiales (Ej. Agentes para la Hacienda pública) lo cual dificulta la movilidad del personal) Por otro lado, se genera una especie de endogamia en cuya virtud los altos cargos de las Agencias son cubiertos por funcionarios del grupo A de la propia Agencia, que, además son los que negocian con los sindicatos y las Asociaciones profesionales las retribuciones del personal. Ni que decir tiene que los que salen mejor parados de tales negociaciones resultan ser los funcionarios del grupo A, del Cuerpo de que se trate. En el caso de la AEAT se han producido 2 fenómenos de interés cuales son la precarización de las campañas de renta a través del a contratación de personal eventual con la consiguiente nula oferta de empleo para personal funcionario o laboral administrativo o auxiliar (excepto agentes tributarios) y la consiguiente precarización del servicio público de confección de declaraciones de IRPF. Además de ello las productividades de los funcionarios de los grupos B y A, por lo mismo que hemos dicho con anterioridad, se han elevado vertiginosamente. Para terminar, y tomando como patrón a la AEAT, la primera Agencia, junto con la de Protección de Datos en nuestro ordenamiento, y que supone una importación del modelo americano (que funciona también por agencias), conviene hacer las siguientes consideraciones relativas al régimen del personal de la AEAT, que pueden *mutatis mutandi*, ser extrapolables a posibles futuras Agencias (TGSS, INSS??)

El régimen del personal de la AEAT viene dado en el apartado 4, nº 1 párrafo segundo, del art.103 de la Ley 31/90 que dice "*El personal funcionario y laboral estará sometido a la Ley 30/84 de 2 de agosto, y en el caso del personal funcionario a las demás leyes que regulan el régimen estatutario de los funcionarios públicos, excepto en los supuestos especialmente previstos en la Ley*"

Las especialidades que se contemplan en cuanto al régimen de personal funcionario y laboral vienen dadas en los nº 3 y 4 del citado art.103 que establecen que *es competencia de la AEAT aprobar sus propias relaciones de puestos de trabajo, organización y oferta de empleo,.. a lo cuál se añade su capacidad para fijar las retribuciones de su personal a través de las relaciones de puestos de trabajo y ajustándose a lo dispuesto en las Leyes anuales de Presupuestos, así como para establecer el régimen de acceso a las especialidades y escales que se le adscriben y para proveer la cobertura de puestos de trabajo*"

Todas estas competencias, como hemos dicho han desembocado en un régimen de privilegios injustificados en sede de retribuciones complementarias de los Funcionarios del grupo A, en un blindaje frente al acceso externo a las mejores plazas, en un blindaje de la movilidad ad extra de los cuerpos especiales, y en una precarización de las condiciones de trabajo del personal laboral.



Téngase en cuenta que estas agencias tienen su propia mesa negociadora, tanto para personal funcionario como para laboral, y se crean mesas *ad hoc*, de agentes, de horario, etc, con la finalidad de excluir a los sindicatos con poca representatividad, sin embargo se llega a acuerdos con las todopoderosas Asociaciones Profesionales de Inspectores, a pesar de que, en rigor, no constituyen entes sindicales.

Todo ello va acompañado de una incesante precarización de las relaciones laborales (en 10 años se ha celebrado un concurso de promoción interna para el personal laboral y ello, en virtud de denuncia de conflicto colectivo)

En definitiva la AEAT se “despega” así de la siempre necesaria, en estos ámbitos, intervención del MAP y adquiere una autonomía en la gestión de su personal que le confiere una amplia discrecionalidad.

En definitiva, lo que antes era un nutrido Cuerpo General Auxiliar y Administrativo, ahora se ha convertido en personal laboral eventual para las “campañas de renta”, y en cuerpos especiales, ej de agentes para la HP, y los que antes era un Cuerpo de Inspectores bien pagado, ahora es un Cuerpo de Inspectores, de interventores y auditores, mucho más que bien pagado. Por supuesto, ello se ha acompañado de la finalización del empleo estable, puesto que el personal laboral no ha gozado de nuevas incorporaciones mediante oferta de empleo, salvo para algunos puestos muy concretos. Al resto de la plantilla laboral, se le condena a la desaparición, puesto que se opta por la externalización, vía legislación de contratos del Estado (RDL 2/00), de las funciones que los subalternos, telefonistas, oficiales de primera, etc, venían realizando. Si bien, esta última tendencia, todo hay que decirlo, es común al resto de la AGE, sujeto al Convenio Unico.

## 2.2 Gestión directa por el Estado en régimen de derecho privado

### ***A. Gestión por medio de organizaciones privadas propias. Las SME.***

Hasta ahora, las entidades gestoras de lo público que hemos examinado eran personas jurídicas públicas, aunque en algunos casos regidas, en ciertos aspectos, por el Derecho Privado. Ahora veremos la gestión de lo público mediante las llamadas por la LOFAGE ***Sociedades Mercantiles estatales*** (DA 12<sup>a</sup>) las cuales ***se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública***

No son Organismos Públicos, no son Administraciones Públicas, sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparados a sujetos privados y regidos por el Derecho Civil, mercantil y laboral. Ni siquiera se aplica a las mismas el Derecho Administrativo con carácter supletorio del ordenamiento privado (vid STS 16/01/1998 RJ 151; SAN 14/01/1999 RJ 3439)

Es decir, están integradas en el sector público pero no son Administración Pública. La relación con la administración se da únicamente en cuanto a la titularidad de su capital, que no altera su naturaleza de personas jurídico-privadas.

En materia de contratación, estas Sociedades mercantiles, no quedan sujetas como regla a las normas reguladoras de los contratos de las AAPP, salvo en materia de publicidad y concurrencia (DA 6<sup>ª</sup> LCE)

En cualquier caso, lo que hay que tener en cuenta es que estas sociedades mercantiles **no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.**

La cuestión es, por tanto, qué se entiende por autoridad pública: sería el ejercicio de potestades públicas: autoorganización de la Administración, investigación, potestad disciplinaria sobre los funcionarios públicos, potestad expropiatoria, potestad recaudadora, potestad sancionadora, potestad reglamentaria, potestad tributaria, potestad recuperatoria, potestad de policía, potestad de deslinde, potestad innovativa en el ámbito contractual.



En definitiva, se trata de poderes jurídicos atribuidos a la AP que le confieren una habilitación para desarrollar actuaciones ejecutivas concretas, que producen efectos sobre la esfera de los administrados, y que tienen por finalidad satisfacer un interés general.

Todos estos ámbitos quedan excluidos de la posibilidad de gestión por parte de una Sociedad Mercantil Estatal.

Cambiando de tercio, ahora desde la perspectiva de la UE, estas empresas públicas se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a sus competidoras privadas, así como a sus mismos riesgos, sin que puedan disfrutar de ninguna clase de privilegio que defraude la libre competencia en que han de actuar en el mercado en concurrencia con sus homólogas privadas, de lo contrario se vulneraría el art.85, 86 y concordantes del TUE de 25 de marzo de 1957

### **Incidencia del carácter privado de las Sociedades Mercantiles Eestatales (SME) en la contratación laboral:**

En este punto resulta inevitable hacer una referencia a la experiencia de Correos, que en menos de 5 años, ha pasado de ser un OA, primero, una EPE, después y, en la actualidad es una Sociedad Anónima Estatal.

Como ya se dijo en el BJI dedicado a la contratación del personal en las AAPP, el carácter de Administración pública del empresario incide en las consecuencias de la contratación fraudulenta, desembocando en declaraciones judiciales del carácter indefinido (que no fijo) de las relaciones laborales en caso de fraude, en aras de respetar la igualdad, mérito y capacidad como requisitos de acceso al empleo público.

Parece pues oportuno, reproducir una síntesis de lo que allí exponíamos, puesto que tal doctrina jurisprudencial puede predicarse respecto de la AGE, los OOAA, las EPE, pero no respecto de las SME

1ª) **La primera etapa:** viene marcada por la entrada en vigor de la Ley 30/84 y la ya citada STC 99/87. En esta etapa el TS da preferencia a la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, (parece olvidar el art.9.1 de la CE en que se establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico (en el que se incluye el ordenamiento laboral). En definitiva prevalece el "interés público" sobre la aplicación de la normativa laboral, lo cual es más que cuestionable si tenemos en cuenta que la CE define el Estado como *Social y democrático de derecho*. A mi entender se está confundiendo el interés público con el interés de la Administración, que si como dice el art.103 de la CE "sirve con objetividad los intereses generales", no puede pretenderse con ello la inaplicación de la doctrina del fraude de ley en los casos en que la Administración contrate irregularmente. Muestra de esta cicatera jurisprudencia, que comporta que los contratos celebrados en fraude de ley no comporten el carácter indefinido de la relación laboral, puesto que según el TS ello vulneraría los criterios de publicidad y objetividad en la cobertura de puestos de trabajo públicos: STS de 4 de julio de 1986, (RJ 1986/3949) y STS de 24 de septiembre de 1986 (RJ 1986/5162).

2ª) **La segunda etapa:** esta nueva etapa encuentra el punto jurisprudencial de inflexión, respecto de la anterior en la **STS de 7 de marzo de 1988**. En esta etapa las reticencias en la estimación de la concurrencia de fraude encuentran sus primeras excepciones en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados. Es decir, si bien la regla general sigue siendo la inexistencia de fraude de ley ante prácticas contractuales aparentemente irregulares, la excepción la constituyen los incumplimientos especialmente cualificados. Con tal concepto se alude a supuestos que revisten especial gravedad como para que la AP sufra los efectos de su actuación fraudulenta. Se trata de actuaciones en que la entidad de las irregularidades o la importancia intrínseca de la norma infringida es tal que merece la sanción apropiada, que no es otra que la transformación del contrato temporal en indefinido. Ejemplos de estos incumplimientos especialmente cualificados son el prolongar el contrato más allá de su límite (STSJ Catal7nya 31-diciembre 1991 AS 1991/6805), contratar temporalmente largos períodos sin ajustarse a ninguna modalidad de contratación temporal, (STSJ Catalunya 31 octubre 1989 AS 1989/2423), contratar sin consignar, clara y debidamente explicitada, la causa que justifica acudir a las disposiciones especiales que regulan la contratación temporal, (STS 13-septiembre 1988), contratos de interinidad sin especificar la causa de la sustitución y el nombre del sustituido (STS de 7 de marzo de 1988) etc.

3ª) **La Tercera etapa:** ésta se abre con la **STS de 19 de marzo de 1991** (RJ 1991/1875).En esta etapa se flexibiliza todavía más la apreciación judicial de la existencia de fraude, con consecuencias más rigurosas para la Administración y más favorables para los trabajadores.



Sin embargo el concepto de irregularidades especialmente cualificadas, que antes hemos definido, sigue vigente y, por tanto, las meras irregularidades formales, p.ej. y como se ejemplifica en sede del contrato de interinidad (vid supra) no dan lugar a la apreciación de fraude y a la conversión del contrato en indefinido.

4ª) **Situación jurídica del personal declarado indefinido por sentencia:** el TS en toda la jurisprudencia citada entiende que el trabajador cuyo contrato se ha efectuado en fraude de ley no se considera fijo de plantilla, sino simplemente indefinido (STS 7 octubre 1996 (RJ 1996/7492) entre muchas otras).

Para que el contrato sea fijo se requiere el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Es más, alguna sentencia ha justificado la diferencia fijo- indefinido, para privar al indefinido de los beneficios derivados del Convenio Colectivo: caso Correos STSJ Madrid 12 de noviembre de 1992, en relación con el art.39 de su Convenio Colectivo, que confería a los trabajadores fijos la opción entre readmisión o indemnización en caso de despido improcedente. Ni que decir tiene que sindicalmente hablando es una auténtica barbaridad.

En definitiva, la posición jurídica del indefinido es la propia de todo contratado laboral de estas características, si bien, en el momento en que el puesto de trabajo que ocupa se cubra por los procedimientos reglamentarios, el trabajador que accedió al puesto mediante una irregular contratación temporal debe cesar en su trabajo, sin perjuicio de que pueda acceder al mismo por el procedimiento reglamentario de que se trate, en concurrencia con el resto de aspirantes, y respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Pues bien, en caso de fraude en la contratación en el caso de las SME, el trabajador adquiere, no ya la condición de indefinido por sentencia, sino la de fijo.

Ello ha resultado evidenciado a partir de la conocida Sentencia de la Sala Social de la AN nº 8/2004, dictada en los procedimientos de conflicto colectivo nº 147 y 148/2003, en la que se declara la fijeza de la relación laboral de todos los trabajadores con contrato de interinidad por vacantes por tiempo superior a 3 meses en la Empresa Correos y Telégrafos SA, declarando, así mismo, que las plazas que ocupan dichos trabajadores no pueden formar parte de la consolidación de empleo temporal que se estaba desarrollando en dicha empresa, debiendo quedar exentos de realizar las pruebas selectivas para proveer plazas de personal laboral fijo.

Esta tesis, de que las SME son entidades privadas y que, por tanto, la fraudulencia en la contratación laboral, ha de conllevar necesariamente, la declaración de fijeza de los trabajadores afectados, tiene un amplio respaldo en la jurisprudencia menor de los TSJ, como por ejemplo, por citar una de las más recientes, en la STSJ de Catalunya de 29 de febrero de 2004 que dice *“La Empresa correos y Telégrafos, desde 01/08/01 es una SA y, si bien el Estado es titular de la totalidad de las participaciones, está sometida en sus relaciones jurídicas al Derecho Privado”* en el mismo sentido STSJ Catalunya 11/02 /03 y STSJ Catalunya de 27/06/03, que dice *“Dada la transformación antedicha (de EPE a SAE), que supone que la prestación de servicios entre la demandante y la recurrente se rige íntegramente por el derecho del trabajo, resulta que a partir de dicho momento la certificación del Director Territorial de la empresa Correos y Telégrafos no es un documento público...”*

### **2.3 Gestión por medio de convenios de colaboración entre Administraciones Públicas**

Hemos visto, hasta el momento, las formas de gestión de servicios públicos por medio de una sola Administración. No obstante en un Estado complejo y compuesto como España (STC 28/01/82) la ley prevé formas de colaboración entre Administraciones Públicas.

Estas vienen contempladas, desde una óptica general en el Título I de la Ley 30/92, en que se regulan las relaciones entre las Administraciones Públicas.

A parte de las conferencias sectoriales, previstas en el art.5, hay que tener en cuenta los convenios de colaboración previstos en el art.6 Ley 30/92, que establece, que la Age y los OOPP vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes en el ámbito de sus respectivas competencias (desarrollado por la Resolución de 9 de marzo de 12990 de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de



marzo de 1990 sobre Convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las CCAA (Resolución 8 de junio de 1998 de la SEAATT).

Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando así proceda:

- a) Los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes
- b) La competencia que ejerce cada Administración
- c) Su financiación
  
- d) Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento
- e) La necesidad o no de establecer una organización para su gestión
- f) El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio.
- g) La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de determinar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción.

Se dispone, asimismo, que cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.

Los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos. Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas.

