

Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público (*)

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. LAS FUNDACIONES QUE GESTIONAN OBRA SOCIAL Y CAJAS DE AHORRO TRANSFORMADAS EN FUNDACIONES (LAS FUNDACIONES *DE CARÁCTER ESPECIAL*).—II. ALGUNAS DETERMINACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ.—III. EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. NOVEDADES Y PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA RECIENTE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ: 1. *Introducción. La reforma del sector público andaluz de 2010.* 2. *Modificación de las previsiones sobre contratación del personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz.* 3. *El problema del personal de las fundaciones del sector público «absorbidas» por las nuevas agencias de la Junta de Andalucía:* A) La preferencia de la «fusión» sobre la mera extinción. B) El régimen de incorporación del personal laboral de las fundaciones en las nuevas agencias previsto en la Ley 1/2011. C) Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Derecho del Trabajo. D) Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Estatuto Básico del Empleado Público. E) Conclusión. Consecuencias de la indebida confusión entre Derecho privado y Derecho público.

Las novedades recaídas durante el último año sobre fundaciones en Andalucía se han producido casi todas al hilo de la presente crisis económica y en el marco de distintas medidas adoptadas para luchar contra ella¹. Se refieren a tres campos: el sector financiero, con la aparición, sobre todo, de las nuevas «fundaciones de carácter especial» en el ámbito de las cajas de ahorro; determinados aspectos aplicables a las fundaciones en materia de contratación pública, y ciertas medidas sobre fundaciones del sector público andaluz, adoptadas como parte del reciente proceso de reordenación a que dicho sector de la Comunidad Autónoma se está viendo sometido. Nos detendremos de forma

(*) Proyecto Investigación SEJ 3060 de la Junta de Andalucía.

¹ Sobre los primeros pasos de las medidas «anticrisis» que están transformando nuestro ordenamiento jurídico-económico, *vid.* A. EMBID IRUJO, *El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009.

especial en el tercer y último de los aspectos citados, porque, además de polémico, es el que más problemas jurídicos está generando.

I. Las fundaciones que gestionan obra social y cajas de ahorro transformadas en fundaciones (las fundaciones de carácter especial)

Hasta ahora, la Ley andaluza 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro, contemplaba en su artículo 90 la posibilidad de que las cajas andaluzas no gestionasen total o parcialmente su obra social de forma directa, sino que lo hiciesen a través de una fundación creada al efecto. Para ello se exigían dos requisitos: que las citadas fundaciones fueran constituidas exclusivamente por cajas de ahorro y que la constitución fuera autorizada por la Consejería competente. Tal posibilidad, además, estaba cubierta por la previsión de que, en cualquier caso, a dichas fundaciones les serían aplicables los principios y criterios generales previstos por la Ley para las obras sociales de las cajas de ahorro. Son las llamadas *fundaciones gestoras de obra social de las cajas de ahorro*, que —como excepción al principio de protectorado único introducido por la Ley andaluza de Fundaciones— quedan sometidas al protectorado específico de la Consejería competente en materia de cajas de ahorro —según informamos en su momento ²—, y que a la sazón es hoy la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia (Decreto 134/2010, de 13 de abril).

Sin embargo, la reciente reforma operada por el Decreto-Ley andaluz 1/2011, de 26 de abril, de modificación de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorro de Andalucía, y motivada a su vez por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, ha venido a enriquecer este panorama. Por un lado, se introducen pequeñas modificaciones en el régimen de las fundaciones que gestionan obra social de cajas de ahorro. Y, por otro, se crea una categoría nueva de fundaciones, sometidas también parcialmente al régimen especial representado por la Ley 15/1999 de cajas andaluzas.

Por lo que se refiere a las fundaciones que gestionan obra social, se añade un artículo 90 bis a la Ley andaluza 15/1999, en el que tras recordar que el protectorado de estas fundaciones corresponde a la «Consejería competente para la regulación y control de las Cajas de Ahorros», se amplía expresamente ahora también dicho protectorado a las fundaciones constituidas a su vez por las citadas fundaciones que gestionan obra social.

² Vid. M. REBOLLO PUIG y M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Derecho andaluz de fundaciones», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 267-268.

Las novedades relativas a la segunda y nueva categoría de fundaciones son, lógicamente, de mayor calado. En concreto, se introduce un nuevo artículo 16 ter en la Ley 15/1999, destinado a regular las nuevas *fundaciones de carácter especial* previstas por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro.

Estas entidades son fundaciones que antes han sido cajas de ahorro y que se han transformado en fundación ante la concurrencia de alguno de los supuestos enumerados en el Real Decreto-Ley 11/2010 y en el nuevo artículo 16 ter de la Ley 15/1999: que la caja de ahorro haya renunciado voluntariamente o le haya sido revocada su autorización para operar como entidad de crédito; que se imponga así como consecuencia de una intervención de la entidad, o que disminuya su participación por debajo del 50% de los derechos de voto de la entidad bancaria a través de la cual ejerza su actividad (apartado 1 del art. 16 ter). Las notas fundamentales de su régimen jurídico son las siguientes:

— El patrimonio afecto a la actividad financiera debe trasladarse a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última. La fundación resultante centrará su actividad en la atención y desarrollo de la obra social que pertenecía a la caja de ahorro transformada ahora en fundación (apartado 2 del art. 16 ter).

— La transformación está sometida a exigentes requisitos de procedimiento (acuerdo de la asamblea general, autorización del Consejo de Gobierno, etc.) (apartados 4, 5 y 6 del art. 16 ter).

— El patronato de la nueva fundación estará integrado, como máximo, por veinte miembros y en el mismo deberán estar representados los mismos grupos que en los órganos de gobierno de la caja de ahorro transformada y en la misma proporción, pudiendo —en todo caso— nombrar un representante en el patronato la Consejería competente para la regulación y control de las cajas de ahorro.

— La gestión de la obra social por estas fundaciones seguirá estando sometida con carácter general a lo dispuesto en la Ley de cajas de ahorro para ese tipo de fondos (apartado 6).

— Quizá por lo anterior, el artículo 90 bis, antes citado, también somete a estas fundaciones al protectorado de la Consejería competente en la regulación y control de las cajas de ahorro; y no solo a ellas, sino también a las que resulten de la transformación de una fundación que gestionase obra social de una caja de ahorro y las constituidas por fundaciones de cualquiera de estos dos tipos.

II. Algunas determinaciones en materia de contratación de las fundaciones del sector público andaluz

Otro sector que ha experimentado novedades es el relativo a la contratación pública. Como recientemente se ha recordado con particular atención³, también las fundaciones del sector público —no sólo las personas jurídico-públicas— se encuentran sometidas a la legislación sobre contratos públicos en una buena parte de su actividad contractual. El Decreto 39/2011, de 22 de febrero, ha venido a desarrollar o completar algunos de los aspectos regulados en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), en lo que se refiere a la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, ya sean públicas o privadas.

En relación con los órganos de contratación, dispone el Decreto que en las fundaciones del sector público andaluz lo serán aquellas personas que, según los estatutos o las normas que les resulten aplicables, ostenten la representación de la entidad (art. 2.4), es decir, en general, el patronato o quien resulte delegado por él, si integramos dicha previsión con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 10/2005, de Fundaciones de Andalucía (LFA).

En segundo lugar, el artículo 28 somete a inscripción en el Registro de Contratos de la Junta de Andalucía —con las excepciones contempladas en el art. 30— determinados datos de los contratos celebrados por las entidades instrumentales privadas de la Administración autonómica (por tanto, también de las fundaciones del sector público andaluz).

Finalmente, las fundaciones del sector público andaluz —al igual que otras entidades instrumentales de diferente naturaleza— podrán adherirse al sistema de contratación homologado por la Junta de Andalucía —en el marco de lo dispuesto en el Título II del Libro III de la LCSP— mediante convenio con la Consejería competente en materia de Hacienda. Pese a ello, se faculta a dicha Consejería para, mediante Orden, establecer la obligatoriedad de contratar por parte de las fundaciones del sector público (entre otras entidades) determinados bienes y servicios mediante los procedimientos de homologación aludidos (art. 34).

³ Vid. M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, «Las fundaciones y la contratación pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.ºs 87-88 (2010), especialmente pp. 918-919.

III. El personal al servicio de las fundaciones del sector público. Novedades y problemas planteados por la reciente reordenación del sector público andaluz

1. *Introducción. La reforma del sector público andaluz de 2010*

Con todo, el aspecto polémico de las novedades se reserva las medidas de reordenación del sector público andaluz en relación con este tipo de fundaciones, y, más en concreto, con lo dispuesto en relación con su personal.

En anteriores ediciones de este Anuario, dábamos noticia de las fundaciones del sector público andaluz, tanto de su régimen jurídico como del nutrido conjunto que de este tipo de entes instrumentales dispone la Junta de Andalucía para el desarrollo de las más diversas actividades. Dichas fundaciones son fundaciones en sentido propio, es decir, constituidas al amparo de la legislación general de fundaciones, con personalidad jurídico-privada, si bien creadas o controladas de alguna manera por la Administración de la Junta de Andalucía, y catalogadas por la Ley andaluza 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, LAJA), dentro de los entes instrumentales de la Comunidad Autónoma ⁴.

En numerosas ocasiones ha alertado la doctrina sobre los muchos problemas que puede plantear el uso indiscriminado de este tipo de personificaciones. En esta oportunidad, vamos a dirigir nuestra atención a los problemas planteados por su régimen de personal. Y lo vamos a hacer al hilo de la reciente reordenación del sector público andaluz. Nada mejor, para comprobar la falta de aptitud de una regulación jurídica en materia de organización, que medir sus consecuencias en el contexto conflictivo de un problema real.

Como es sabido, la creciente situación de crisis económica obligó al Gobierno de la Nación a aprobar, a mediados del año 2010, un paquete de medidas específicamente destinado a reducir o paliar el déficit público, y lanzar —así— «un mensaje tranquilizador a los mercados». En el contexto de esas medidas, el Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el 15 de junio de 2010 un «Acuerdo Marco sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas 2010-2013», en el que —entre otras cosas— se exige de las Comunidades Autónomas una rebaja de su déficit desde el 2% del PIB en 2009 al 1,1% en 2013.

Como consecuencia de ello, y sobre la base —no se sabe muy bien por qué— del artículo 27.13 de la Ley andaluza 6/2006, de Gobierno de Andalu-

⁴ Vid. M. REBOLLO PUIG y M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Derecho andaluz de fundaciones», cit., pp. 267-269.

cía⁵, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó un «*Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía*» mediante Acuerdo de 27 de julio de 2010 (BOJA de 28 de julio de 2010, n.º 147, p. 18). Por lo que a nosotros interesa, junto a algunas de contenido algo abstracto y vaporoso (vgr. la «mejora del conocimiento y la gobernanza»), una de las «líneas de actuación» señaladas por el Plan es la «reducción del número de entidades instrumentales». Dicha «línea de actuación», a su vez, se dirige a la consecución de dos «objetivos»:

- 1) La «supresión por absorción» de un gran número de entes instrumentales con el fin de conseguir economías de escala —con el consiguiente ahorro— en la contratación pública de bienes y servicios.
- 2) La «defensa» del empleo público.

Como veremos, este segundo objetivo se ha concretado, fundamentalmente, en la conservación de los puestos de trabajo existentes antes de la reestructuración. Por ello, puede concluirse que este segundo «objetivo», el referente al empleo público, no es en realidad objetivo alguno. Su funcionalidad —en el contexto del proceso reordenador— parece ser más bien la de constituir un límite, una especie de barrera, un requisito que esa reordenación deberá necesariamente respetar, y ello por más que el texto del Acuerdo trate de disimularlo aludiendo —por ejemplo— al «alto nivel de formación, compromiso y aplicación de los empleados públicos» de Andalucía como «motores de su progreso», algo —por lo demás— que no ponemos en duda, ni antes ni después de la reordenación.

En términos económicos, por tanto, el ahorro o la reducción del gasto descansa sobre todo en la consecución del primer objetivo, es decir, en que la reducción de entes instrumentales se traduzca realmente en la generación de esas economías de escala a las que alude el Acuerdo. Precisamente por ello, en este punto, el núcleo de la reforma no consiste en la supresión sin más de dicho tipo de entes, sino más bien en la fusión por absorción de unos por otros, con la finalidad de concentrar, en la mayor medida posible, recursos humanos y materiales bajo el ropaje de una misma persona jurídica. En efecto, salvo contadas excepciones (el Instituto Andaluz de Reforma Agraria, entre ellas, que simplemente se extingue con liquidación de su patrimonio), la fórmula predominante es la *fusión por absorción*, y por aquí es precisamente por donde van a aparecer —como veremos— determinados problemas jurídicos, sobre

⁵ No se sabe muy bien por qué, ya que ese artículo se refiere a la resolución de recursos administrativos. Parece una errata y que se refiere más bien al 27.10, que es el relativo a la aprobación de planes o directrices vinculantes por parte del Consejo de Gobierno.

todo en materia de personal en relación con las fundaciones del sector público que se extinguen⁶.

El punto Primero del Anexo —donde se concreta el contenido del Plan— establece qué entes instrumentales se verán afectados por el citado proceso de reducción «en una primera fase» (de donde se deduce la posibilidad de que más entes sean suprimidos o absorbidos en el futuro). Por lo que a las fundaciones se refiere, hay un primer grupo de ellas que son absorbidas por determinados entes instrumentales de Derecho público, es decir, por personas jurídicas de distinta naturaleza:

— *Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo*, absorbida por el Servicio Andaluz de Empleo.

— *Fundación Andaluza de Servicios Sociales y Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social*, ambas absorbidas por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

El segundo grupo son también fundaciones de régimen jurídico-privado, pero resultan absorbidas por otras fundaciones de iguales características:

— *Fundación Hospital Reina Sofía-Cajasur*, absorbida por la *Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba* (FIBICO).

— *Fundación Hospital Clínico*, absorbida por la *Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental «Alejandro Otero»* (FIBAO).

— *Fundación Reina Mercedes y Fundación Valme*, absorbidas ambas por la *Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla* (FISEVI).

Nos vamos a centrar en las del primer grupo. Las segundas son absorbidas por personas jurídicas de la misma naturaleza y no plantean especiales problemas desde la perspectiva que aquí nos interesa.

El Plan referido en el Acuerdo termina anunciando la aprobación de un Decreto-Ley para establecer «los instrumentos normativos necesarios para el proceso de reordenación». Ese Decreto-Ley aparece publicado el mismo día y con la misma fecha que el Acuerdo (BOJA de 28 de julio de 2010, n.º 147, p. 6). Se trata del Decreto-Ley 5/2010, por el que se aprueban «medidas urgentes en materia de reordenación del sector público». Pocos meses más tarde, este Decreto-Ley fue sustituido por el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, con el deseo —según su Exposición de Motivos— de que la reordenación «sea expresiva de un alto grado de consenso»⁷. La nueva norma, que

⁶ Aunque parte del problema que aquí se va a analizar también sería trasladable, probablemente, a los casos en que los entes absorbidos son sociedades mercantiles del sector público.

⁷ Los diversos medios de comunicación social han ido dando cuenta de la importante

reproduce en su totalidad la mayor parte de las medidas inicialmente adoptadas en el Decreto-Ley 5/2010 a excepción de alguna previsión que en el ínterin resultó ser especialmente polémica⁸, se ha convertido finalmente, tras su convalidación por el Parlamento autonómico, en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía (BOJA de 21 de febrero de 2011, n.º 36).

2. *Modificación de las previsiones sobre contratación del personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz*

Entre las previsiones contenidas en estas normas y que afectan a las fundaciones del sector público, puede citarse en primer lugar la reforma del artículo 78.2 LAJA. La escueta redacción anterior se limitaba a decir:

«El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral y su selección deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria».

La redacción dada ahora por el apartado Catorce del artículo 1.2 de la Ley 1/2011 dice así:

«El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad».

Como puede apreciarse, la nueva redacción es algo más detallada que la anterior. Desde tal punto de vista, puede decirse que la modificación aumenta

movilización de una parte de los funcionarios de la Junta de Andalucía contra el plan de reordenación al que denominan «el decretazo». Uno de los actos más significados fue la manifestación que tuvo lugar en Sevilla el 13 de noviembre de 2010, con unos 40.000 participantes según fuentes sindicales (*europapress.es*). Otra manifestación importante tuvo lugar el 22 de enero de 2011, exigiendo la retirada del proyecto de ley de convalidación de la reforma, y que fue calificada de «masiva» por algunos medios (*elpais.es*, entrada del 23 de enero de 2011).

⁸ Nos referimos a la reforma de la LAJA según la cual se permitía en las agencias públicas empresariales que el personal no funcionario desarrollase labores «complementarias» y de «auxilio» al ejercicio de funciones públicas de autoridad (art. 1.9 del Decreto-Ley 5/2010). Probablemente, latía en ello el propósito de «abrir un hueco» en la «nueva» estructura organizativa al personal *no funcionario* procedente de las entidades instrumentales extinguidas. En cualquier caso, la previsión «cayó» en el Acuerdo alcanzado el día 18 de noviembre de 2010 en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 251, de 27 de diciembre de 2010, p. 5).

las exigencias en la contratación de este personal, puntualizando —sobre todo— que la «convocatoria pública» deberá realizarse «en medios oficiales», y no —por ejemplo— en la página *web* de la propia fundación, como no ha sido infrecuente en la práctica. Sin embargo, por otro lado también hay una rebaja en el nivel de exigencia. Obsérvese que ahora las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad se predicán del «personal no directivo». ¿Significa esto que las previsiones actuales no resultan aplicables al personal directivo? La puntualización no es inocente, y es que con mucha probabilidad, la redacción anterior era lo suficientemente amplia y flexible como para garantizar —sin mucho esfuerzo— el mismo resultado en relación con ese personal.

Por otra parte, la Ley 1/2011 se ha olvidado de modificar al mismo tiempo el artículo 57.4 de la Ley andaluza 10/2005, de Fundaciones (en adelante, LFA), cuya redacción era casi idéntica a la del artículo 78.2 LAJA antes de la reforma. La discordancia queda neutralizada, en cualquier caso, por la remisión del artículo 57.4 LFA a la «normativa básica estatal en la materia [contratación de personal] y a la que corresponda aprobar a la Comunidad Autónoma de Andalucía», es decir, entre otras normas, a la propia LAJA, que es de aplicación preferente en este punto.

3. *El problema del personal de las fundaciones del sector público «absorbidas» por las nuevas agencias de la Junta de Andalucía*

Pero como hemos adelantado, en esta materia el aspecto más relevante de la reforma para lo que aquí interesa ha sido la supresión de tres fundaciones del sector público: la *Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo* (FAFFE), la *Fundación Andaluza de Servicios Sociales* (FASS) y la *Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social* (FADIS).

La fórmula a la que se ha acudido, como también hemos señalado, ha sido la «fusión por absorción». Es decir, se ha utilizado una de las dos clásicas formas de fusión, a las que alude el artículo 41.3 LFA: la creación de una nueva fundación a la que se transmiten en bloque los patrimonios de las fundaciones fusionadas —que se extinguen— y la absorción de una fundación —que se extingue— por otra preexistente que pervive (fusión por absorción). La aplicación de la legislación general de fundaciones en esta materia es inexcusable desde el momento en el que las fundaciones de que venimos tratando son fundaciones —como hemos dicho— constituidas al amparo de dicha legislación⁹: «En los aspectos no regulados específicamente en este Capítulo [funda-

⁹ Así se califican por el «Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación

ciones del sector público], las fundaciones en él reguladas se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley» (art. 57.6 LFA).

A) *La preferencia de la «fusión» sobre la mera extinción*

Parece que la apuesta por la «fusión» obedece al menos a dos causas, próxima una, remota la otra, pero claramente vinculadas entre sí. La causa próxima radica en la mayor simplicidad procedimental que caracteriza a la fusión frente a la extinción de la fundación. En efecto, la fusión requiere solo acuerdo motivado de los respectivos patronatos, comunicación al protectorado (que podrá oponerse solo por razones de legalidad), escritura pública e inscripción en el registro de fundaciones (art. 41 LFA). Todo «queda en casa»: recordemos que en el caso de las fundaciones del sector público autonómico (no así del local¹⁰), patronato y protectorado prácticamente son el mismo sujeto (la Administración matriz). En cambio, la extinción solo puede producirse por alguna de las causas enumeradas en el artículo 42 LFA. Y como ninguna de las causas concretas encaja en este supuesto, habría que acudir a la causa residual contenida en la letra f) del apartado 1: «cualquier otra causa establecida en las leyes». El problema es que, en principio, cualquier extinción por esa vía residual necesita adoptarse por resolución judicial motivada (art. 42.3 LFA). Por tanto, aquí la cosa «se complica». Pero es que, además, y por si ello fuera poco, la extinción exige la apertura de un ulterior procedimiento de liquidación más o menos aparatoso (art. 43 LFA). En cambio, la fusión no solo permite obviar dicho procedimiento (art. 43.1 LFA) e imputar automáticamente el patrimonio del ente absorbido al ente absorbente (art. 41.3 LFA), sino que todos los demás elementos que conforman aquel son destinados a este¹¹, incluidas —y a esto apunta la segunda razón de la medida— las relaciones jurídicas de naturaleza laboral. Porque de lo que se trata en definitiva —como veremos— es de facilitar la incorporación del personal al servicio de las fundaciones extintas a

Administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial, correspondiente al ejercicio 2008», de la Cámara de Cuentas de Andalucía. *Vid.* en especial, Anexo XXII.1.19 (BOJA de 24 de junio de 2010, n.º 123, p. 658).

¹⁰ Sobre los problemas planteados por estas fundaciones en el ámbito de las Administraciones locales, *vid.* M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Las fundaciones del sector público en Andalucía. En especial, las fundaciones públicas locales en la nueva Ley de Autonomía Local de Andalucía», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 311-324; y «Nuevas formas de gestión de los servicios públicos locales: protectorado autonómico frente a autonomía local», comunicación presentada en el *XVIII Congreso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo*, que, con el título «*Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?*», tuvo lugar en Bolonia durante los días 27-29 de mayo de 2010.

¹¹ *Vid.* J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 261.

la plantilla de los entes instrumentales de «acogida», en aplicación todo ello del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la «sucesión de empresas».

En resumen, la fusión es todo ventajas. Ahora bien, los impulsores de la reforma no han reparado (¿o sí?) en un pequeño detalle: la fusión de la que hablan las Leyes estatal y andaluza de fundaciones es de fusión *entre fundaciones*, y no parece admisible la hipótesis de la fusión llamada heterogénea, es decir, de fundaciones con *personas jurídicas de otra naturaleza*¹², que es precisamente lo que han hecho los Decretos-leyes de 2010 primero, y la Ley 1/2011 después.

En efecto, la FAFFE se «fusiona» con el Servicio Andaluz de Empleo (Anexo del Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Plan de Reordenación), que pasa de ser un organismo autónomo de carácter administrativo (art. 1.1 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo), a convertirse en agencia de régimen especial, es decir, un ente instrumental que sigue teniendo personalidad jurídica propia *de Derecho Público*, a la que se le asignan funciones que implican *ejercicio de autoridad* (art. 71.1 LAJA). En consecuencia, el SAE se rige en general *por el Derecho Administrativo*, a excepción de aquellos aspectos de su gestión que por sus peculiaridades permitan y aconsejen la aplicación del Derecho Privado (art. 71.2 LAJA). El personal de este tipo de agencias puede ser tanto funcionario —al que se reserva en cualquier caso las funciones que impliquen ejercicio de autoridad— como laboral (art. 74.1 LAJA). En aplicación de la lógica de la «fusión», se dispone que el SAE «quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación (...) desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción» (art. 8.5 Ley 1/2011).

Por su parte, la FASS y la FADIS son objeto de «absorción por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía» (Anexo del Acuerdo de 27 de julio de 2010). De nueva creación, la agencia citada se configura, en concreto, como una agencia pública empresarial, y, dentro de esta categoría, responde al tipo de las del apartado b) del artículo 68.1 LAJA, es decir, ente instrumental con personalidad jurídica *pública*, cuyas actividades son de carácter predominantemente prestacional, pero que se rige *en general* por el *Derecho Administrativo*, salvo en aquello en que su particular gestión empresarial requiera la aplicación del Derecho privado. En esto se diferencian del otro tipo de agencias públicas empresariales, las del apartado a) del mismo artículo de la

¹² En este sentido, *vid.* J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, cit., p. 265. Los comentarios del autor citado se refieren a la antigua Ley estatal de Fundaciones de 1994, pero en este concreto punto ninguna diferencia hay entre aquella Ley y las vigentes Leyes estatal y andaluza de fundaciones.

LAJA, que se rigen en general por el Derecho privado, resultándoles aplicable el Derecho Administrativo solo en los aspectos enumerados por el precepto, tales como la formación de voluntad de sus órganos o el ejercicio de potestades administrativas (art. 69.1 LAJA). El artículo 69.3 LAJA determina que el personal de las agencias públicas empresariales será siempre de carácter laboral, sin perjuicio de la integración funcional de funcionarios de la Consejería competente en la estructura de la agencia para el ejercicio, cuando ello sea preciso, de las potestades públicas atribuidas a esta ¹³.

La radical diferencia entre las fundaciones del sector público y las agencias de nueva creación con las que aquellas resultan «fusionadas», no puede ser mayor. No es solo que las fundaciones del sector público sean personas jurídicas de Derecho privado y regidas casi en su totalidad por dicha disciplina, mientras que las nuevas agencias son personas jurídico-públicas sometidas a Derecho Administrativo. Es que, mientras que las fundaciones del sector público tienen vedado el ejercicio no solo de potestades administrativas sino de cualquier actividad que se les pudiera asemejar (véase la prohibición contenida en el art. 57.1 LF de que las fundaciones del sector público andaluz presten servicios públicos), las agencias de nueva creación tienen atribuido un *gran número de potestades administrativas*, algunas de ellas *de singular intensidad*. Así, al SAE se le confieren —nada más y nada menos— que las potestades de revisión de oficio de sus actos; de inspección; sancionadora; de fomento; las necesarias para la prestación de servicios públicos (se entiende, por tanto, que todas las de policía para el buen funcionamiento de los servicios atribuidos); las facultades y prerrogativas típicas en la ejecución de los contratos administrativos; las de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio en relación con sus bienes, etc. (art. 3 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 96/2011) ¹⁴.

Aunque la legislación de fundaciones no se refiera expresamente a ello, numerosas razones de peso avalan el juicio desfavorable a que estas operacio-

¹³ La redacción del artículo 69 LAJA a que se alude en el texto también es obra de las modificaciones operadas por la Ley 1/2011. Este desfase entre la dependencia orgánica y la dirección funcional en el ejercicio de funciones públicas ha sido muy criticado por diversos colectivos, pues puede darse la paradoja de que un funcionario que realice funciones que impliquen el ejercicio de autoridad en una agencia, lo haga bajo las órdenes de un empleado público laboral que, como tal, no está constitucionalmente habilitado para el ejercicio de ese tipo de funciones.

¹⁴ Por su parte, a la nueva Agencia de Servicios Sociales y Dependencia se le atribuyen las de fe pública (se supone que en relación a las funciones de evaluación y acreditación que tiene atribuidas en materia de autonomía y dependencia personal); de revisión de oficio de sus actos; de gestión, recaudación e inspección de precios públicos y demás ingresos de derecho público no tributario; y de autotutela y recuperación del dominio público (art. 8 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 101/2011).

nes de «fusión» sean posibles. El Derecho Comparado en materia de fundaciones apenas alude a la fusión de fundaciones y, cuando lo hace —como en el caso danés—, lo hace exclusivamente entre fundaciones. Lo mismo puede decirse de nuestro Derecho histórico (Instrucción de 14 de marzo de 1899 y Reglamento de 1972), que solo considera el fenómeno de las fusiones *entre fundaciones*¹⁵, y de nuestro Derecho societario vigente, que contempla el fenómeno de las fusiones entre sociedades de distinta naturaleza como algo realmente excepcional y lleno de cautelas¹⁶, y ello cuando lo contempla, lo que no siempre ocurre, siendo interpretado generalmente dicho silencio en sentido desfavorable¹⁷.

A ello conduce, por lo demás, una recta interpretación teleológica y sistemática de los preceptos que disciplinan la fusión y extinción de las fundaciones. Como ha señalado la doctrina, en la regulación de esta materia por las leyes de fundaciones es posible detectar un principio de conservación de la organización¹⁸ o, como lo llama L. Martín-Retortillo, de *favor foundationis*¹⁹, según el cual la Ley, antes de acudir al expediente más drástico de la extinción, estimula la fusión *con otra fundación*. Por tanto, en el caso de no optarse por esta segunda, lo que se impone desde la lógica de la Ley es acudir a la extinción. Esta es la única interpretación coherente con la diversa regulación

¹⁵ Vid. las referencias comparadas e históricas que hace J. CAFFARENA LAPORTA, «La fusión de las fundaciones», en *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, dir. por S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, pp. 438-439.

¹⁶ Por ejemplo, los artículos 63 a 66 de la Ley de Cooperativas regulan la fusión entre sociedades cooperativas, y solo como excepción y bajo el expresivo título de «Fusión especial», el artículo 67 permite la fusión de cooperativas con sociedades mercantiles —y solo con sociedades mercantiles— de otra clase. Además, el artículo —después de remitirse a las garantías reguladas en los artículos anteriores para la fusión entre cooperativas— añade otras específicas adaptadas al caso que contempla.

¹⁷ Para M.^a J. MORILLAS JARAMILLO y M. I. FELIÚ REY, *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 465, antes de que el artículo 67 de la Ley de Cooperativas la contemplase, no era posible la fusión heterogénea. Por su parte, en relación con el artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habla de fusiones solo —para admitirlas— de «sociedades mercantiles» entre sí, se ha dicho: «En cuanto a las sociedades que pueden tomar parte en el proceso de fusión, la Ley se refiere tan sólo a la fusión de “sociedades mercantiles” (cfr. art. 22 LME), lo que incluye también la fusión de sociedades de distinto tipo o clase, siempre que sean mercantiles (una SA con una SL, por ejemplo). La eventual admisibilidad de las fusiones heterogéneas habrá de buscarse en otros textos (así, para la fusión de una cooperativa y una sociedad mercantil o civil, véase el artículo 67 Lcoop)» (M. BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, 17.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 568; la cursiva es nuestra).

¹⁸ Vid. J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, cit., pp. 247 y 260.

¹⁹ Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Cuestiones de competencia: el inequívoco sentido de permanencia de las fundaciones», *Revista de Administración Pública*, n.º 89 (1979), p. 327.

destinada a ambas figuras, más exigente en el caso de la extinción, menos rigurosa en el supuesto de fusión entre fundaciones. En esta última, el destino del patrimonio fundacional a los fines de interés general queda, por definición, asegurado (la fundación se integra en otra fundación) y no hacen falta, por tanto, controles especialmente intensos. Pero si lo que se impone es otra forma de extinción, incluida la extinción con destino del patrimonio fundacional a otra persona jurídica de diferente naturaleza, lo exigido entonces es seguir el procedimiento general de extinción, más riguroso —como se expuso— en orden a asegurar el cumplimiento de aquella finalidad. Además, en ello, y no en otra cosa, parece estar pensando la Ley cuando, en sede de extinción y liquidación, y *no de fusión*, alude a la posibilidad de destinar el patrimonio fundacional no solo a otras «fundaciones» sino a otras «entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general» o, incluso, a «entidades públicas de naturaleza no fundacional, siempre que persigan fines de interés general» y así se haya previsto en sus estatutos o cláusulas fundacionales (*cf.* apartados 3 y 4 del art. 43 LFA; y apartados 2 y 3 del art. 33 LF). En definitiva, no parece que la fusión de fundaciones con personas jurídicas de distinta naturaleza sea una laguna legal a integrar por vía de analogía con la figura de la fusión entre fundaciones, sino que se trata —simplemente— de una posibilidad vedada por la Ley, la cual exige —ante eventualidades de ese tipo— acudir al expediente general de extinción con su correspondiente liquidación.

La reforma operada por la Ley 1/2011, sin embargo, determina la «fusión» de las tres fundaciones citadas con dos entes administrativos de naturaleza y régimen jurídico diversos. Y esto es grave porque con ello el legislador autonómico está contradiciendo directamente legislación civil del Estado (arts. 30 y 31 LF: fusión y causas de extinción) y condiciones básicas (art. 32 LF: formas de extinción), todo ello a tenor de la DF 1.^a LF.

En definitiva, la «fusión» determinada por los Decretos-Leyes de 2010 primero, y por la Ley 1/2011 después, se antoja más bien una operación de dudosa admisibilidad, destinada a evitar el engorroso trámite de la extinción con posterior liquidación, para —sobre todo— asegurar la incorporación cuasi-automática del personal laboral de estas fundaciones a las nuevas agencias de la Junta de Andalucía. Así lo evidencian los Decretos por los que se han aprobado los estatutos de las nuevas agencias:

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el acuerdo de disolución, liquidación y cesión global de activo y pasivo de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como la subrogación en *todas sus relaciones jurídicas*, bienes, derechos y obligaciones de toda clase, *incluidas las laborales en concepto de sucesión de empresa*

por la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, se adoptará con carácter previo a la entrada de vigor de los Estatutos de la Agencia» (DA 1.^a del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo).

Sin embargo, como veremos a continuación, el automatismo de esta incorporación no está exento de grandes dificultades. Ello confirma, por lo demás y desde otra perspectiva, la imposibilidad de operar una auténtica «fusión» en el caso que tratamos, porque —al menos en lo que se refiere a las relaciones jurídico-laborales— no es posible aquí reconocer la plena imputación de derechos y obligaciones por la que se caracterizan los efectos de las auténticas fusiones.

B) *El régimen de incorporación del personal laboral de las fundaciones en las nuevas agencias previsto en la Ley 1/2011*

Pero aceptemos como hipótesis que la fusión sea posible, y que dicha operación sea juzgada válida. Queda entonces por ver si la pretendida incorporación del personal de las fundaciones en las nuevas agencias es posible o, al menos, si lo es con el carácter automático con que la conciben las distintas normas del plan de reordenación. La operación, por lo demás, afecta probablemente a centenares de trabajadores ²⁰.

Sobre esta cuestión, los Decretos-leyes 5 y 6/2010 contenían una disposición adicional, que después ha pasado a la Ley 1/2011, relativa al «*Régimen de integración del personal*». En su redacción definitiva, y por lo que aquí interesa —el personal al servicio de las fundaciones extinguidas— dispone:

«En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca (...) la extinción de entidades instrumentales (...) privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública y que aplicará las siguientes reglas:

(...)

²⁰ Por ejemplo, solo la FASS tuvo una plantilla media de 151 trabajadores durante el ejercicio 2004. *Vid. Informe de Fiscalización de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, correspondiente al ejercicio 2004, de la Cámara de Cuentas de Andalucía*, de 20 de abril de 2006 (www.ccuentas.es), p. 2.

b) El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público» (DA 4.ª de la Ley 1/2011).

Como puede comprobarse, la determinación de los pormenores del procedimiento de integración se remite a lo que disponga un documento que deberá aprobar la Consejería competente, el «protocolo de integración», aunque con una serie de límites que ya quedan perfectamente señalados:

— La integración del personal en las nuevas entidades se producirá de acuerdo con las normas reguladoras de la «sucesión de empresas».

— El personal así incorporado no tendrá la consideración de personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, sino exclusivamente de la agencia en la que se integre.

— La disposición deja claro que, en consecuencia, dicho personal solo podrá acceder a la condición de personal de la Administración General a través de los correspondientes procedimientos selectivos de acceso libre.

Previamente a la aprobación de los Protocolos, la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía adoptó sobre esta cuestión una serie de acuerdos el 18 de noviembre de 2010, acuerdos que fueron aprobados por Resolución del Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2010 y publicados en el BOJA n.º 251, de 27 de diciembre de 2010. En dichos acuerdos se adoptó la decisión que, junto con las citadas previsiones contenidas en los Decretos-Leyes de 2010 y en la Ley 1/2011, va a determinar en lo sustancial el régimen de incorporación:

«Los trabajadores y trabajadoras procedentes de empresas, fundaciones y otros organismos que se incorporen a las Agencias recogidas en el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, o aquellas que en el futuro se pudieran crear o modificar, serán subrogados en todos sus derechos en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores»²¹.

²¹ *Vid.* Punto Sexto del Acuerdo alcanzado entre la Junta de Andalucía y los sindicatos CCOO-A y UGT-A el día 29 de octubre de 2010, asumido y reproducido por los acuerdos de la Mesa General de Negociación que venimos comentando.

La fórmula que lo condensa todo —subrogación de los contratos de trabajo por las agencias en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresas— queda así ya totalmente perfilada y pasa, sin variaciones sustanciales, a los Decretos que aprueban los Estatutos del SAE en relación con el personal procedente de la FAFPE, y de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia en relación con el de la FASS y la FADIS:

«1. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1.b) de la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el personal procedente de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo y de los Consorcios UTEDLT desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción, se integrarán en la Agencia con la condición de personal laboral de la misma. Dicha integración en la Agencia se hará en los términos establecidos para la sucesión de empresas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en las condiciones que establezca el protocolo de integración, previsto en el apartado 1.a) de la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero.

2. La Agencia se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal laboral y, en su caso, de los convenios colectivos vigentes, así como de los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos. Al citado personal le seguirá rigiendo el convenio colectivo que les corresponda, hasta tanto les sea de aplicación el convenio colectivo correspondiente.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1.b) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el acceso, en su caso, de este personal, a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.

4. Las representaciones sindical y unitaria correspondientes al personal objeto de subrogación, se mantendrá en la Agencia en las mismas condiciones, con los mismos derechos y obligaciones que tuvieran en la entidad de procedencia, hasta la finalización de sus respectivos mandatos» (DA 2.^a del Decreto 96/2011, por el que se aprueban los Estatutos del SAE) ²².

Los «protocolos de integración» en el SAE y en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia a que aluden repetidamente estas normas, se aproba-

²² En similares términos, DA 2.^a del Decreto 101/2011, que aprueba los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia, en relación con el personal laboral procedente de la FASS y de la FADIS.

ron finalmente al día siguiente de los Decretos que aprobaron los estatutos de las nuevas agencias, mediante sendas resoluciones de 20 de abril de 2011, publicadas en el BOJA n.º 84, de 30 de abril (pp. 12 y ss.). Quizás quepa pensar que están incurridos en vicio de incompetencia e infracción del procedimiento de elaboración, ya que se trata —llámese como se llamen— de reglamentos, de auténticas normas, y no de actos administrativos, como así parece concebirlos la Administración si atendemos al pie de recursos insertado en su publicación. Si se limitaran a regular los criterios aplicables al acto de integración o incorporación del personal, podría sostenerse que son actos administrativos de carácter general, con una pluralidad (en este caso determinada) de destinatarios, al modo en que lo son *mutatis mutandi* las bases de las convocatorias de los procedimientos selectivos de personal. Pero el caso es que los protocolos no se limitan solo a esos extremos, sino que aprueban también otras reglas en las que se contienen auténticas normas organizativas, porque se integran en el ordenamiento jurídico con carácter *ex novo* y con pretensión de regir permanentemente la posterior relación de servicio ²³.

En cualquier caso, y por lo que a nosotros interesa, ambos protocolos contienen una extensa regla —tercera en el caso del SAE, cuarta en el de la Agencia de Servicios Sociales— que se refiere específicamente al personal de las fundaciones «absorbidas». Por ejemplo, dispone la regla tercera del protocolo de integración del SAE:

²³ En efecto, las reglas que contienen los citados «protocolos» no están destinadas solo a regular un procedimiento determinado, el de incorporación de una serie de empleados públicos en unas Administraciones concretas, y no se agotan, por tanto, con la última incorporación que se produzca. Por ejemplo, en el Protocolo del SAE se establece la subsistencia de determinados puestos de trabajo de funcionarios en tanto no se aprueben las nuevas RPT de la Consejería y de la Agencia (regla primera); el mantenimiento de la condición de personal laboral de la Administración General de los empleados laborales procedentes de la Consejería que se integren en la Agencia, así como la aplicación de su Convenio Colectivo y del Estatuto Básico del Empleado Público (regla segunda); y se precisa la normativa laboral de general aplicación una vez incorporado el personal procedente de las fundaciones extinguidas y de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local (apartados 3 de las reglas tercera y cuarta). El caso del Protocolo relativo a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia es más claro si cabe, pues, además de todo lo anterior, contiene una regla cuarta en la que se detallan, en relación con los funcionarios adscritos funcionalmente a la Agencia, cuestiones tales como el contenido de dicha adscripción, régimen aplicable a sus condiciones de trabajo, atribución a la Agencia de la competencia relativa a la evaluación del desempeño, así como la titularidad de las potestades disciplinaria y de resolución de recursos contra instrucciones y órdenes de servicio.

«Tercera. *Incorporación del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo.*

1. Sucesión de empresa. En concepto de sucesión de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo —FAFFE—, y desde la fecha de su constitución efectiva, la Agencia quedará subrogada en calidad de empleador en la totalidad de los contratos laborales del personal laboral de la Fundación, con todos los derechos y obligaciones laborales y sociales inherentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores antes citado.

2. Condiciones de integración. El personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo se integrará en la Agencia, de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. De acuerdo con la regla de la letra b) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el personal integrado tendrá la consideración de personal laboral de la Agencia.

El acceso de este personal, en su caso, a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo.

De acuerdo con la regla de la letra f) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, la masa salarial del personal laboral al servicio de la Agencia no podrá superar, como consecuencia de la reordenación, la del personal de la citada Fundación.

3. Normativa laboral de aplicación. El personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo que se integra en la Agencia mantendrá las mismas condiciones laborales y retributivas que tenía en dicha Fundación, así como las dimanantes, en su caso, del Convenio Colectivo para los años 2007-2009 de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo. Las condiciones laborales contenidas en dicho Convenio permanecerán subsistentes en tanto se aprueba un nuevo convenio aplicable al mismo, de acuerdo con lo establecido en el apartado e) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero. Asimismo le será de aplicación la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público»²⁴.

En lo esencial, como se ve, el Protocolo de integración no añade nada que sea una auténtica novedad a las determinaciones ya previamente establecidas

²⁴ En términos sustancialmente idénticos, el Protocolo relativo a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia.

por los «instrumentos normativos» del plan de reordenación. El Protocolo recoge la fórmula de la sucesión de empresas (art. 44 ET) como norma aplicable al supuesto en el que nos encontramos (fusión por absorción de una fundación por una Administración Pública), pero subrayando aún más, si cabe, el automatismo de la operación al puntualizar que la subrogación de la Agencia en la totalidad de los contratos laborales se producirá desde la misma «fecha de su constitución efectiva». Y ello porque la «sucesión» de la que habla el citado artículo 44 ET no es ni una novación, ni una cesión de créditos, ni una mera asunción de deuda, ni una cesión de contrato; se trata de una subrogación legal producida *ope legis*²⁵.

C) *Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Derecho del Trabajo*

Ahora bien, ¿es esto jurídicamente admisible? ¿Puede el personal laboral de las fundaciones extinguidas integrarse sin más en las agencias de nueva creación? ¿Resulta aplicable a este supuesto de «fusión por absorción» —en el caso de que esto fuera admisible— la regla de la sucesión de empresas contenida en el artículo 44 ET? ¿No existe en esta materia ninguna exigencia derivada de la otra gran norma que disciplina el empleo público laboral, el Estatuto Básico del Empleado Público? Dispone el artículo 44.1 ET:

«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».

La primera cuestión que suscita la lectura del precepto es si aquí nos encontramos ante el presupuesto de hecho fundamental, es decir, ante el «cambio de titularidad de una empresa». A este respecto, sigue diciendo el artículo 44 ET en su apartado 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 accesoria».

Son muchos los interrogantes que suscitan estos preceptos. ¿Es una fundación una «empresa» para el Estatuto de los Trabajadores? Evidentemente, sí.

²⁵ *Vid.* A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 31.ª ed., Madrid, 2010, p. 437.

Pero, ¿puede entenderse que la «entidad económica» representada por las fundaciones mantienen su «identidad» al fusionarse con las agencias? A nuestro entender, la respuesta ha de ser negativa. Podría pensarse que sí: al fin y al cabo, se transmite un conjunto de medios organizados (todos los elementos integrantes de la fundación) a fin de seguir llevando a cabo determinadas actividades, que, si bien no son estrictamente económicas, en un sentido amplio podría entenderse que sí tienen tal carácter (la prestación de determinados servicios, por ejemplo). Lo importante, para el ET, no es tanto el empresario en cuanto que agente económico como el empresario en cuanto «empleador». Además, la «sucesión de empresas» de la que habla el precepto puede llevarse a cabo por cualquier negocio jurídico que sea adecuado para producir dicho efecto, incluso las absorciones y fusiones de empresas, como tiene declarado la jurisprudencia ²⁶.

Ahora bien, el precepto debe leerse en conexión con la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. La actual redacción del artículo 44 ET responde a la finalidad de trasponer dicha norma a nuestro ordenamiento interno. Y si bien es verdad que su artículo 1.1 dispone que el régimen de sucesión de empresas será aplicable «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro», también es verdad, por un lado, que habla de «actividad económica» y, por otro, que inmediatamente deja fuera de su ámbito de aplicación a los traspasos que se den como consecuencia de procesos de «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas» (letra c). También es cierto que las previsiones de la Directiva son una base mínima de protección, que no imponen la uniformidad (STJCE de 27 de noviembre de 2008, *Mirja-Juuri*) ²⁷. Pero asimismo lo es que, en coherencia con ese criterio de mínimos representado por la Directiva, se ha rechazado en general la aplicación del artículo 44 ET en aquellos supuestos en los que el cambio de sujeto empresarial se produce en el seno de Administraciones y oficinas encargadas de prestar determinados servicios públicos, muchas veces en virtud de su particular régimen jurídico ²⁸.

²⁶ Vid. A. MONTAYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 436, y la jurisprudencia que cita.

²⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed., Tecnos, 2010, p. 683.

²⁸ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 693, y la abundante jurisprudencia que al respecto cita.

D) *Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Estatuto Básico del Empleado Público*

Pero, ante todo, no debe perderse de vista un dato fundamental: las fundaciones, aunque pertenezcan al sector público, no tienen carácter de Administraciones Públicas; las agencias, sí. Y al menos en materia de personal, que es lo que aquí importa, el Estatuto Básico del Empleado Público deja bien claro qué entiende a sus efectos por Administraciones Públicas:

«Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal *laboral* al servicio de las *siguientes Administraciones Públicas*:

— La Administración General del Estado.

— Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

— Las Administraciones de las Entidades Locales.

— Los *Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia*, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas» (art. 2.1 EBEP).

Ciertamente, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por el Derecho del Trabajo, especialmente por el Estatuto de los Trabajadores. Pero no es menos cierto que el Estatuto Básico del Empleado Público no les resulta totalmente ajeno. Más bien lo contrario. «El presente Estatuto [a]simismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (apartados 1 y 2 del art. 1 EBEP). Es más:

«El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan» (art. 7 EBEP).

La situación consiste más bien en que este personal se rige por el Estatuto Básico del Empleado Público, y —en lo no previsto para él en dicha norma— por el Derecho Laboral que le resulte de aplicación. En tal sentido, casi pudiera decirse que para este personal el Estatuto de los Trabajadores es, con respecto al Estatuto Básico, una norma supletoria de primer grado²⁹. En coherencia con ello, el articulado del EBEP parece partir de la idea de que todo lo dispuesto en él no solo es aplicable a los funcionarios, sino también a los emplea-

²⁹ En parecidos términos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 87.

dos laborales. La prueba está en que cuando quiere que algo quede regulado por el Derecho Laboral, así lo dispone expresamente. Y esto lo hace no una vez, sino muchas, pero siempre expresamente. Así, por ejemplo, el artículo 19 EBEP, después de señalar que el «personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional» (apartado 1), añade que la «carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores» (apartado 2). De la misma manera se opera en relación con las retribuciones (art. 27); negociación colectiva (art. 37); jornada, permisos y vacaciones (art. 51); clasificación profesional (art. 77), etc.

Sin embargo, en la materia que ahora nos ocupa, no es necesaria una interpretación especialmente afinada. Basta con leer directamente lo que pone el artículo 55.2 EBEP:

«Las Administraciones Públicas, *entidades y organismos a que se refiere el artículo 2* del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y *laboral* mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [igualdad, mérito y capacidad], así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección».

La conclusión que se impone es meridiana. Para ingresar como empleado público laboral en una agencia es necesario superar un procedimiento en el que no sólo se garanticen adecuadamente los principios que se acaban de citar, sino que respete —además— las determinaciones a las que se refiere el artículo 61.7 EBEP en relación con los sistemas selectivos (oposición, concurso y concurso-oposición).

La pregunta es: ¿ha superado estas exigencias el personal procedente de las fundaciones extinguidas? A la vista del automatismo previsto para la sucesión de empresas (subrogación legal), al menos en el momento de la sucesión es

claro que no. El problema se traslada, pues, a cualquier momento anterior: habrá que ver si dicho personal ingresó en su día través de un procedimiento con esas características, pues, en caso afirmativo, aún podría entenderse que las exigencias derivadas de los artículos 55 y 67 EBEP fueron satisfechas cuando dicho personal se incorporó a la plantilla de la fundación.

El problema es que resulta más que dudoso que ello se produjera realmente en algún momento. Como ha sido indicado ya, antes del Decreto-Ley 5/2010 la LAJA venía exigiendo que la contratación de personal al servicio de tales fundaciones se realizara «con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria». Pero la fórmula utilizada no solo era mucho más escueta y genérica que las previsiones contenidas en el EBEP, sino —quizás precisamente por eso— la interpretación que en muchos casos se hizo de ella no resulta en modo alguno equiparable al procedimiento de selección exigido por el EBEP para el personal de las agencias. En general, los procedimientos de selección han discurrido por cauces absolutamente informales (anuncios publicados en la página *web* de la propia fundación, plazos perentorios para el envío de currículums a través de correo electrónico y, a lo sumo, alguna entrevista).

Al respecto, es absolutamente esclarecedor el único (s.e.uo.) informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas que ha recaído hasta la fecha sobre alguna de las fundaciones afectadas por la reordenación, la FASS, que corresponde al ejercicio 2004 y fue aprobado por unanimidad del Pleno en su sesión de 20 de abril de 2006. Extractamos algunos párrafos significativos, por contundentes, del capítulo dedicado a «Cumplimiento de la legalidad»³⁰:

«18. *Los 20 expedientes de personal examinados no permiten conocer la vida laboral de los trabajadores de la Fundación, al encontrarse éstos incompletos y no estar actualizados. Así, es frecuente que no consten los datos relativos a la situación personal o familiar del trabajador, los cursos de formación recibidos o la titulación académica exigida para el desempeño de un determinado puesto de trabajo.*

(...)

23. *La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones dispone en su artículo 46, apartado 4, que la selección del personal de las fundaciones del sector público deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.*

³⁰ Informe de Fiscalización de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, correspondiente al ejercicio 2004, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, de 20 de abril de 2006, n.º ref. OE 01/2005 (www.cuentas.es), pp. 3-5 y 14.

24. En el ejercicio sobre el que recae la auditoría, la Fundación *no tenía aprobada ninguna normativa interna para describir el procedimiento de selección de su personal y desarrollar los principios exigidos por la Ley*. No obstante, con posterioridad ha pactado con los representantes de los trabajadores el primer Convenio Colectivo de su personal, con vigencia para los años 2005 a 2007. En este Convenio se prevé que la incorporación tendrá lugar tras el oportuno proceso de selección, que la FASS podrá encomendar a cualquier empresa especializada. También se establece que, la valoración de la competencia de los trabajadores para el desempeño de un puesto de trabajo se llevará a cabo *por el método que se estime oportuno*.

25. En el año 2004 la Fundación ha utilizado tres cauces para la selección de su personal: a través de anuncios en prensa o en páginas webs dedicadas a publicitar ofertas laborales; mediante la contratación de empresas especializadas en la selección de personal y, en último lugar, por la propia Fundación. La utilización de uno u otro sistema dependió de que se pretendiera contratar un técnico cualificado u ocupar un puesto de responsabilidad, o bien contratar personal de apoyo o teleoperadores.

26. En la contratación de personal cualificado o de responsabilidad, por regla general, se utilizó una empresa especializada que llevó a cabo el proceso de selección, elevando una propuesta con varios candidatos que fueron entrevistados por los responsables de la Fundación, al objeto de decidir la persona más adecuada al puesto.

27. Los procesos de selección de personal de apoyo y teleoperadores se realizaron mediante una entrevista y una prueba informática en la propia FASS.

28. La incorporación del personal se realiza, por regla general, mediante una *relación laboral temporal que deviene, en su caso, en indefinida tras sucesivas prórrogas*, suscribiéndose entre el trabajador y la Fundación un contrato de trabajo indefinido» (la cursiva es nuestra).

Las recomendaciones con las que termina esta parte del Informe no pueden ser más elocuentes:

«29. La naturaleza de fundación pública de la FASS provoca que, por disposición legal, se integre en el sector público fundacional de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, el Acuerdo que autorizó su constitución la configuró como un «mecanismo institucional» de la propia Administración para ampliar su acción social. Pues bien, su naturaleza de fundación pública y su cualidad de ente instrumental que la vincula con la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, *debería ocasionar que en la contratación de su personal utilizara procedimientos similares a los de la Administración de la Junta de Andalucía*. De esta manera, los procedimientos de selección *se podrían mejorar*

a través de convocatorias públicas con criterios objetivos previamente establecidos que garanticen la idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo y, en su caso, mediante la realización de pruebas selectivas.

30. Asimismo, a semejanza de lo que sucede para el personal laboral del sector público de la Junta de Andalucía, *la conversión de un contrato de trabajo temporal en una relación laboral indefinida no se debería producir por el mero transcurso del tiempo, como ocurre en la actualidad, sino mediante el correspondiente proceso de selección que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que exige la Ley*» (el subrayado tipográfico nuestro).

Finalmente, el Informe incluye en el Capítulo de «Conclusiones de Regularidad» el siguiente párrafo, y en este caso el énfasis tipográfico es original:

«71. La naturaleza de la fundación pública de la FASS y su cualidad de ente instrumental de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social debería ocasionar que en la contratación de su personal utilizara procedimientos similares a los de la Administración de la Junta de Andalucía. En definitiva, mediante convocatorias públicas con criterios objetivos previamente establecidos y, en su caso, mediante la realización de pruebas selectivas.

Se recomienda que la FASS apruebe una normativa interna que regule el procedimiento de selección de su personal, que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad».

Para no proporcionar información sesgada, añadiremos que al final del Informe se incluyen diversas alegaciones formuladas por la Fundación fiscalizada³¹. Sin embargo, de las relacionadas con las cuestiones que aquí se han citado, la Cámara de Cuentas tan sólo acepta la del punto n.º 1, relativa a la ausencia de datos en los veinte expedientes de personal examinados³². Por lo demás, en el mismo sentido general se mueven los informes de fiscalización emitidos por la Cámara de Cuentas en relación con otras fundaciones del sector público andaluz³³.

³¹ En cumplimiento de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de creación, competencias y funciones de la Cámara de Cuentas de Andalucía, según el cual, previamente a la emisión de cualquier informe definitivo, la Cámara debe comunicar al sujeto controlado el resultado de la actuación, para que este, en el plazo fijado en la comunicación, se manifieste sobre los reparos y recomendaciones del informe y sobre las medidas que al respecto hubiera adoptado o se disponga a adoptar.

³² Explicada por la distribución de la información relativa a los trabajadores en varios archivos. La fundación manifestó en la propia alegación el propósito de unificar en lo sucesivo todos los datos en un solo expediente. *Vid. Informe de Fiscalización de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales*, cit., pp. 20-28.

³³ En esta línea, quizá sea más grave la situación que se desprende del análisis de la Fundación Red Andalucía Emprende (FRAE), que —al menos por el momento— no se ha visto

En definitiva, y por lo que aquí importa, no es posible equiparar los procedimientos selectivos del personal que trabajaba en estas fundaciones a los procedimientos selectivos que se les debería exigir para acceder a las nuevas agencias. La equiparación supone lisa y llanamente un incumplimiento del artículo 55 EBEP, que desplaza aquí al 44 del ET. Y lo peor es que, en el fondo, el propio legislador lo sabe. Sus propios actos lo delatan. Si no, ¿a qué precisar que, en cualquier caso, la incorporación de este personal a la Administración General de la Junta de Andalucía se realizará a través de pruebas selectivas de acceso libre (DA 4.^a de la Ley 1/2011)?³⁴ ¿A qué viene ahora modificar el

afectada por el plan de reordenación. Según el *Informe de Fiscalización de la entidad correspondiente al ejercicio 2006*, aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía el 19 de noviembre de 2008 (OE 05/2007), esta Fundación, con una plantilla de 234 trabajadores y ocho Centros de Apoyo al Desarrollo Empresarial (CADES) en el ejercicio 2006, no solo «no tenía aprobada ninguna normativa interna para describir el procedimiento de selección de su personal y desarrollar los principios exigidos por la Ley» (punto 26), sino que en «el ejercicio 2006 las contrataciones se realizaron, por lo general, mediante convocatoria publicada en la página web de la fundación. En todas no se aprobaron con anterioridad criterios de objetivos y los procesos se llevaron a cabo por una empresa especializada contratada por la fundación» (punto 27). En coherencia con ello se concluye que «la naturaleza de la fundación pública de la FRAE debería ocasionar que en la contratación de su personal se utilizaran convocatorias públicas, no sólo publicadas en su página web y con criterios objetivos previamente establecidos» (punto 96). Igual de contundente se muestra el *Informe de fiscalización de la Fundación Andaluza El Legado Andalusí*, tampoco afectada por el momento por el proceso de reordenación: «73. Las incorporaciones a la plantilla durante 2007 se realizaron sin respetarse los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Los contratos de las altas han sido formalizados por un cargo de inferior categoría al especificado por los Estatutos. (§ 26) 74. Se han producido varios ascensos de categoría profesional sin respetarse el procedimiento contemplado en el convenio aplicable para los procesos de promoción interna» (*Informe de fiscalización de regularidad de la Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusí, correspondiente al ejercicio 2007*, aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía el 18 de marzo de 2010; OE 10/2008). Finalmente, según el *Informe de fiscalización de regularidad de la Fundación Real Escuela Andaluza de Arte Ecuestre*, correspondiente al ejercicio 2003, y aprobado por el Pleno de la Cámara el 8 de noviembre de 2005 (OE 06/2004): «28. El Convenio Colectivo del Personal de la REAAE vigente en el período 1996/1997, preveía una bolsa de trabajo para cubrir temporalmente las plazas vacantes de puestos de trabajo. Sin embargo, en el año 2003 aún no se había puesto en funcionamiento la bolsa de empleo. Por este motivo, la selección de trabajadores que son contratados temporalmente, se realiza entre los alumnos más antiguos que han participado en cursos de formación en la REAAE o entre personas que, sin mediar convocatoria, envían su currículum vitae a la Fundación. 29. El artículo 46, apartado 4 de la Ley de Fundaciones obliga a las fundaciones públicas a seleccionar su personal con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria. El procedimiento que utiliza la REAAE no garantiza adecuadamente estos principios, ni se realiza mediante convocatoria pública. Además, algunos de estos contratos temporales se han transformado con posterioridad en indefinidos, mediante un acuerdo con el Comité de Empresa de la Fundación aprobando un Plan de Estabilidad en el Empleo». Pueden consultarse todos estos informes en www.ccuentas.es.

³⁴ Además de que tal previsión, visto lo visto, no garantiza nada. Basta con que el legisla-

artículo 78.2 LAJA para exigir que la incorporación del personal no directivo de las fundaciones del sector público vaya precedida de «convocatoria pública en medios oficiales» y de «procesos selectivos» basados en los «principios de igualdad, mérito y capacidad»? Evidentemente, el legislador es consciente de lo que ha ocurrido. Aunque la reacción haya llegado demasiado tarde y —ante la magnitud del problema— se haya visto obligado a aprobar una DA 4.^a de la Ley 1/2011 que contradice lo dispuesto en el EBEP.

E) *Conclusión. Consecuencias de la indebida confusión entre Derecho privado y Derecho público*

En resumen, puede afirmarse que el complejo formado por las fusiones por absorción y posterior integración del personal de las fundaciones extinguidas en las nuevas agencias de la Junta de Andalucía plantea algunos problemas desde el punto de vista de su constitucionalidad. No solo desde la perspectiva competencial, en la medida en que se entienda que lo dispuesto por el legislador andaluz contradiga normas estatales que son legislación civil (fusión de fundaciones) y bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos o legislación laboral, si atendemos a lo dispuesto en la DF 1.^a del EBEP. La reforma también suscita dudas acerca de su compatibilidad con el artículo 23.3 CE, en conexión con el 103.3 CE, que reconoce el derecho fundamental al acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. No es óbice para ello el que la jurisprudencia constitucional haya restringido el ámbito de protección del artículo 23.2 CE al personal estatutario en sentido estricto, dejando fuera al personal laboral³⁵. Existen también numerosos pronunciamientos en los que el TC ha otorgado a este personal una tutela equivalente por la vía del artículo 14.2 CE, interpretando que dicho precepto reconoce el derecho de acceso a la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones sobre la base de un fundamento objetivo basado en el mérito³⁶. Tampoco es obstáculo para entenderlo así el hecho de que la reforma no haya

dor andaluz, llegado el momento, neutralice, derogue o desplace —por el procedimiento que sea— la citada disposición.

³⁵ *Vid.*, sobre el particular, M. BELADÍEZ ROJO, «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (artículo 23.2 CE)», en *Justicia Administrativa*, n.º 45 (2009), p. 7, criticando esta exclusión del personal laboral: «Esta opción por referir el derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 CE únicamente a los puestos de carácter funcional conlleva establecer una diferencia en el acceso al empleo público que, en mi opinión, el diferente vínculo jurídico no logra explicar. El régimen de acceso al empleo público debería, a mi juicio, inspirarse en los mismos principios, con independencia de que la relación de empleo tenga carácter laboral o funcional».

³⁶ *Vid.* J. MAURI MAJÓS, «El acceso al empleo público», en *Manual del Empleo Público*, dir. por F. CASTILLO BLANCO y coord. por J. E. QUESADA LUMBRERAS, Iustel, Madrid, 2009, p. 261, en

lesionado ningún derecho fundamental en sentido estricto del que sea titular algún ciudadano en concreto. Tanto el valor normativo de la Constitución (art. 9.1 CE) como la llamada dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales³⁷ conducen a esa misma conclusión³⁸. En todo caso, se traslucen —esta vez en materia de personal— las consecuencias problemáticas de la inevitable desnaturalización que experimenta el instituto fundacional cuando hace uso de él la Administración³⁹; manifestación, acaso, de un fenómeno más amplio de desconocimiento de la debida separación entre Derecho público y Derecho privado, exigencia ineludible del Estado de Derecho y no mero prurito academicista⁴⁰.

donde añade además: «Los argumentos utilizados [por el TC] pueden situarse perfectamente en la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada para la interpretación del artículo 23.2 de la CE. Por tanto, podemos afirmar que, desde la lógica estricta del acceso, no hay diferencias destacables entre el resultado obtenido por la aplicación del artículo 14 de la CE al personal laboral del sector público y el que produce la aplicación del artículo 23.2 de la CE al personal funcionario». Sobre la relación de especialidad del artículo 23.2 CE con respecto al artículo 14.2 CE, *vid.*, entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, cit., p. 46.

³⁷ Muy resumidamente, la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales —que no debe confundirse con la teoría de la garantía institucional— significa el reconocimiento del lugar central que estos ocupan en el ordenamiento jurídico. De ahí la consecuencia de que los poderes públicos —también el legislador— tengan el deber positivo de remover todos los obstáculos que se opongan a su disfrute real y efectivo por los ciudadanos (art. 9.2 CE). Como es evidente implica también, con mayor razón, el deber negativo de no adoptar medidas que supongan nuevos obstáculos en tal sentido. Sobre la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, *vid.*, entre otros, A. CIDONCHA MARTÍN, «Garantía institucional, dimensión institucional y derechos fundamentales», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23 (2009), pp. 149 y ss.

³⁸ Cuando se escriben estas líneas ha parecido en el «BOE» la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad n.º 2733-2011, contra determinados preceptos de la Ley 1/2011. Entre ellos aparecen impugnados los artículos 8 (absorción de la FAFPE) y 19 (absorción de la FASS y la FADIS), así como la DA 4.ª (régimen de integración del personal) («BOE» núm. 143, de 16 de junio de 2011, p. 61699).

³⁹ Sobre los problemas —a veces insolubles— generados por aplicar el Derecho (privado) general de las fundaciones a las del sector público, *vid.*, por ejemplo, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97 (1998), pp. 37 y ss.; y J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho administrativo», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. SOSA WAGNER, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935 y ss.

⁴⁰ Como ha puesto de manifiesto J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 26 (2011). El citado trabajo constituye la primera parte de su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, de 23 de octubre de 2009.