Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 11 de septiembre de 2023, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía

***(Boletín Oficial del Estado,* núm. 164, 11 de julio de 2023)**

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo entrada en esta institución el 14 de junio de 2023, (…), presidente del sindicato (...), solicita del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía (*BOJA* nº 112, de 14 de junio de 2023). Se ha recibido también escrito de (…), presidente del (...), con esta misma pretensión, circunscrita a la disposición adicional decimosexta del mismo texto legal.

SEGUNDO. El sindicato compareciente comienza arguyendo la inconstitucionalidad de la ley por falta de negociación en la Mesa General de Funcionarios, lo que considera constitutivo de lesión de los artículos 28.1 en relación con el 37 y 149.1.18 de la Constitución (CE).

Cuestiona a continuación la constitucionalidad de algunas afirmaciones de la exposición de motivos y de numerosos preceptos de la ley. Para no hacer innecesariamente extenso este escrito basta indicar sucintamente los artículos a los que se refiere la solicitud y las materias que regulan, sin perjuicio de que posteriormente se proceda a su transcripción y a la plasmación de los argumentos en los que el (...) ampara su solicitud, de ser necesario para explicitar la posición de esta institución en relación con una pretensión de declaración de inconstitucionalidad.

Los preceptos cuya constitucionalidad somete el (...) a examen de esta institución son los que siguen:

- En el Título I, en el que se regulan las disposiciones generales de la ley, el artículo 14.3 en relación con el 104.2, referido a la no inclusión del personal funcionario interino nombrado por ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas en las relaciones de puestos de trabajo.

- En este mismo título, el artículo 15, apartados 1, 2 y 4, relativos a las funciones del personal funcionario y laboral en la Administración de la Junta de Andalucía.

  En conexión con lo anterior, cuestiona el sindicato la constitucionalidad de la disposición final segunda de la ley, por la que se modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y se contempla que, excepcionalmente, la ley pueda atribuir a las sociedades mercantiles del sector público andaluz el ejercicio de potestades administrativas.

- Artículos 19.4, 20 y 22, incardinados en el Título II de la ley, en el que se desarrolla la figura del personal directivo profesional, en lo referente a la descripción de las funciones que pueden desarrollar (artículo 19.4 y 20) y la falta de referencia al principio de igualdad en la selección de este personal (artículo 22).
- En el Título III de la ley, el [...] estima inconstitucionales los artículos 42 y 43 que establecen, respectivamente, los principios del sistema de incompatibilidades del personal incluido en el ámbito de aplicación de la ley y los supuestos de no reconocimiento de incompatibilidad y ejercicio de funciones en régimen de dedicación exclusiva.
- En relación con la promoción profesional, regulada en el Título V de la ley, los artículos 57.2.f) y 58.2, referidos a la promoción interna, que recogen la superación de cursos u otras actividades formativas de carácter selectivo como sistema para llevar a cabo la promoción interna.
- En materia retributiva (Título VI) pretenden la impugnación de los artículos 66.2, apartados a), b), en los que se regulan las retribuciones complementarias del personal funcionario de carrera, a cuyos efectos se regulan, entre otros, el complemento de carrera profesional que retribuye la progresión según el tramo de la carrera horizontal alcanzado y el complemento de nivel competencial, y no se alude al complemento de destino.

  Cuestionan también la inconstitucionalidad del apartado g) de ese mismo precepto, que regula supuestos en los que el personal funcionario de carrera puede percibir complementos personales transitorios cuando se produce una disminución en cómputo anual de las retribuciones consideradas fijas y perió-dicas y establece que en ningún caso tendrá derecho a este complemento en el supuesto de obtención continuada de tres o más resultados negativos y conse-cutivos en la evaluación del desempeño.

  También respecto de derechos retributivos, la disposición transitoria primera. “Actual sistema de reconocimiento y consolidación de grado personal”. Este precepto dispone en su número 2 que hasta que se resuelva la primera convocatoria para el acceso a la carrera horizontal se mantendrán en vigor al actual sistema de reconocimiento y consolidación de grado personal, así como las garantías retributivas que le son propias.
- En lo referente al derecho a la negociación colectiva, regulada en el Título VII de la ley, alegan la inconstitucionalidad del artículo 86.2 en cuanto que enuncia las materias objeto de negociación en cada uno de los órganos de representación.

También en materia de negociación colectiva aluden al artículo 87, referido en este caso al listado que contiene garantías, derechos y deberes de la función representativa del personal.

En conexión sostienen la inconstitucionalidad de la disposición adicional trigésima octava, sobre el desarrollo reglamentario de la negociación colectiva.

- En cuanto a la ordenación y planificación del empleo público, regulada en el Título VIII, cuestionan el artículo 104, sobre la ordenación de los puestos de trabajo, en su apartado 1, referido a las relaciones de puestos de trabajo, que contempla la posibilidad de superponer estructuras provisionales y complementarias a los puestos de trabajo vinculadas a actuaciones, proyectos o programas organizados entre órganos directivos distintos.

  Cuestionan también este mismo artículo 104 en su apartado 6, que establece supuestos específicos en los que las relaciones de puestos de trabajo tendrán carácter automático y serán aprobadas por la persona titular del órgano directivo central con competencias en materia de función pública, sin necesidad, a su juicio, de negociación colectiva.

- El artículo 105, contenido en el capítulo I del Título IX, sobre acceso al empleo público, adquisición y pérdida de la relación de servicio, que enuncia entre los principios rectores del acceso al empleo público los principios de fiabilidad y validez predictiva, no contemplados en el Estatuto Básico del Empleado Público. Respecto de la provisión de puestos, el artículo 124, sobre «Procedimientos ordinarios de provisión», que incluye, junto a procedimientos de concurso, la libre designación con convocatoria pública, conforme a lo dispuesto en la relación de puestos de trabajo, y el artículo 128 que desarrolla el procedimiento de libre designación.

  Cuestiona también la adscripción provisional cuando se produzca el cese de un puesto de trabajo de libre designación (artículo 134) y la disposición transitoria decimosegunda, referida también a la libre designación en tanto no se proceda al desarrollo reglamentario del contenido de las relaciones de puestos de trabajo.

- Respecto de la regulación de la provisión de puestos de trabajo y movilidad contenida en el capítulo I del Título X afirma la inconstitucionalidad del artículo 130 (movilidad temporal y estructural) y el artículo 131 de la ley (movilidad forzosa provisional por cargas de trabajo), fundamentalmente por entender que la figura prevista en el artículo 131 no encuentra amparo en la legislación básica estatal.

  Por este mismo motivo sostiene la inconstitucionalidad del artículo 132, en el que se establecen las condiciones para la movilidad forzosa definitiva.

- También en relación con la provisión de puestos de trabajo considera inconstitucional el artículo 134, en su apartado 2, en el que se regula la adscripción provisional en supuestos de remoción de un puesto cuya forma de provisión sea el concurso o cuando se produzca el cese en un puesto de trabajo obtenido por libre designación, en lo que se refiere específicamente al personal de libre designación.
- Disposición adicional quinta. Cuerpos y Especialidades de la Administración General de la Junta de Andalucía. Plantean la inconstitucionalidad de la exigencia de determinadas titulaciones para el acceso a determinados cuerpos: Cuerpo Superior de Oficiales Inspectores de Bomberos Forestales y Emergencias en el Medio Natural. A1.2019. Tecnologías de la Información y Comunicación. A2.2012. Tecnologías de la Información y Comunicación.

  El (...) sostiene una pretensión similar en relación con las titulaciones de acceso a los Cuerpos que establece la disposición adicional decimosexta.
- Disposición adicional trigésima séptima. Procesos de estabilización de empleo temporal. Esta disposición, dictada conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, posibilita incorporar en los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal en su convocatoria excepcional regulada en la disposición adicional sexta, aquellas plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas a fecha 30 de diciembre de 2021 de forma temporal por personal con una relación también temporal y anterior al 1 de enero de 2016, aunque estas hubieran sido ofertadas y convocadas con anterioridad a la entrada en vigor de la referida ley en virtud de las leyes presupuestarias de 2017 y 2018, siempre que existiera dotación presupuestaria y no suponga incremento de efectivos dotados.
- Disposición transitoria novena, que faculta a las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la ley a efectuar convocatorias de estabilización de empleo para puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus cuerpos, escalas o categorías que se encuentren desempeñados interina o temporalmente, dentro de los límites fijados por la normativa estatal de carácter básico y mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y libre concurrencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, tiene por objeto, como señala su artículo 1, definir, ordenar y desarrollar la función pública de la

Administración de la Junta de Andalucía, así como determinar las normas aplicables a todo el personal de las administraciones públicas incluido en su ámbito de aplicación.

Su exposición de motivos expresa la necesidad y justificación de esta ley al señalar que después de más de treinta y seis años desde la aprobación de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, los profundos cambios en la realidad social, económica y política de Andalucía aconsejan disponer de un nuevo instrumento legal actualizado de la función pública, capaz de adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad andaluza, contribuyendo a su progreso y desarrollo.

Para ello continúa la exposición de motivos, la ley pretende la introducción de elementos de modernización, dinamización y buena gobernanza en la gestión de los recursos humanos.

La ley regula de manera novedosa con rango legal materias en las que se venía aplicando el derecho estatal, tales como situaciones administrativas, formación, régimen de Seguridad Social, reglas relativas a la negociación colectiva, representación y participación, o el régimen disciplinario, y actualiza y desarrolla la regulación de la función pública de Andalucía en el marco de la legislación estatal de carácter básico.

Como puede deducirse de los antecedentes de esta resolución, el sindicato compareciente cuestiona la constitucionalidad de numerosos preceptos de la ley, con distinta profundidad o detalle argumental. El elevado número de preceptos sobre los que se pretende el pronunciamiento de esta institución obliga a realizar una labor de síntesis, en aras de evitar una excesiva extensión de esta resolución, procurando en todo caso que este esfuerzo no redunde en pérdida de la razonable argumentación.

SEGUNDO. El sindicato compareciente arguye que varios preceptos incurren en vicio de inconstitucionalidad por no respetar el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, (en adelante, EBEP), norma en la que se configura la competencia exclusiva que atribuye al Estado el artículo149.1.18 CE para establecer «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas». En el análisis de algunos de los preceptos que examina sostiene, además, que la regulación de la concreta materia a la que se refiere vulnera los articules 23.2 en relación con el 103 CE, en cuanto que contiene previsiones contrarias a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias en el examen particularizado de estos preceptos, parece aconsejable recordar aquí el alcance de la competencia estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos, explicitado por el Tribunal

Constitucional, entre otras muchas sentencias, en la Sentencia 116/2022, de 27 de septiembre, en los siguientes términos:

> El artículo 149.1.18 CE (RCL 1978, 2836) atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que, como hemos señalado desde la STC 57/1982, de 27 de julio (RTC 1982, 57), FJ 12, ha de entenderse referida a «los funcionarios de las administraciones públicas en general, incluyendo tanto a las del Estado como a las de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales». Por su parte, a las comunidades autónomas corresponde en esta materia «la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la comunidad autónoma y al servicio de las corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial» (entre otras muchas, STC 39/2014, de 11 de marzo (RTC 2014, 39), FJ 5).
>
> Por lo que respecta a su contenido material, hemos señalado que el art. 149.1.18 CE, puesto en conexión con el art. 103.3 CE, reserva al legislador estatal un ámbito "cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas". Se trata, por lo tanto, de normas que "interesarán directamente a las relaciones entre estos y las administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la administración [STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), FJ 3 c), seguida de otras muchas]".
>
> Abunda la jurisprudencia constitucional en que "la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente"; y que si bien las Cortes "deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución" (SSTC 32/1981, FJ 6 y 1/1982, FJ 1). Y en este sentido material y no formal de las bases se ha insistido en la doctrina posterior (SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989, 147/1991, 135/1992 y 225/1993, entre otras).
>
> En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, «pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas» (SSTC 69/1988 y 80/1988), cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es «el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias» (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, "un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional" (STC 147/1991),

> dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases "se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales" (STC 1/1982, FJ 1)—, a partir del cual "pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto" (STC 49/1988, FJ 16) STC 197/1996, de 28 de noviembre).

Por otra parte, esta institución viene manteniendo el criterio de que el ejercicio de la legitimación que ostenta para interposición de recurso de inconstitucionalidad tiene su ámbito idóneo de aplicación en el campo de los derechos y libertades proclamados en el Título I de la Constitución, cuya defensa y garantía le encomienda esta expresamente. Sin embargo, cuando los problemas de constitucionalidad detectados o denunciados no afectan a este orden sustantivo de los derechos fundamentales y libertades públicas, sino que se refieren al régimen de distribución de competencias entre los diversos titulares del poder político territorial del Estado, parece más conveniente que sean los propios titulares de las competencias eventualmente sustraídas los que, en el ejercicio de su correspondiente legitimación, inicien las actuaciones que en cada caso consideren oportunas.

Solamente en el supuesto de que la eventual inacción de los presuntos titulares de la competencia pudiera suponer un riesgo para el legítimo y pleno ejercicio de los ciudadanos de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce, procedería la actuación, digámoslo así, subsidiaria, del Defensor del Pueblo, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra la norma competencial que pudiera producir ese efecto.

TERCERO. Entrando ya en el análisis de las alegaciones del sindicato ha de comenzarse por su pretensión de que se considere invalidada la totalidad por falta de negociación en la Mesa General de Funcionarios.

Según indica su exposición de motivos, la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, ha sido objeto de negociación colectiva "de conformidad con el artículo 37 del texto refundido de la *Ley del Estatuto Básico del Empleado Público"*, tanto en el seno de la Mesa General de Negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, que culminó con el Acuerdo de 2 de diciembre de 2021, como en los ámbitos sectoriales correspondientes.

La Mesa General de Negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral está prevista en el artículo 36.3 del EBEP para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública, y el sindicato [...] considera que la mayor incidencia de las materias que regula la ley en la situación del personal funcionario hacía obligatoria su negociación en la Mesa General de Funcionarios regulada en el artículo 34 del EBEP, que deben constituirse «a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», de lo que deduce que la omisión de negociación en esta mesa vulnera los artículos 28.1 y 37 CE.

En apoyo de sus afirmaciones aluden a una sentencia del Tribunal Supremo que confirma por esta omisión la nulidad de un Acuerdo sobre derechos de participación y representación en materia de prevención de riesgos laborales, cuyos argumentos, a juicio de esta institución, no son de aplicación al caso, toda vez que la sentencia hace derivar la obligación de tratar esta materia en la Mesa General de Funcionarios no directamente del *EBEP,* sino de las específicas previsiones que en materia de negociación establece la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

La simple lectura del artículo 1 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, que enuncia como objeto "definir y ordenar la función pública de la Administración de la Junta de Andalucía, así como determinar las normas aplicables a todo el personal de las Administraciones públicas de Andalucía"; y de su artículo 2 que, consecuentemente con este objeto, incluye en su ámbito de aplicación el personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, conduce necesariamente a concluir que las materias objeto de la ley exceden del marco que define el artículo 34 del EBEP como propio de la mesa de negociación de los funcionarios públicos.

Resulta de interés añadir que, según recogen los informes elaborados por la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior de la Junta de Andalucía en el trámite de elaboración de la ley, y por el Consejo Consultivo de Andalucía, el acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía fue negociado en distintas mesas sectoriales (Mesa Sectorial de Administración General, de Educación, de Justicia, Mesa Sectorial de Sanidad y en la Comisión IV del Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía).

Respecto de la pretensión del sindicato conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma la distinta posición de los trabajadores y de los funcionarios en el marco de la Constitución y, consecuentemente, en orden a la aplicación a unos y otros del artículo 37.1 de la misma. Así, en su Sentencia de 20 de enero de 1995, pone de manifiesto que el artículo 37.1 de la Carta Magna, en el que reside el título constitucional de la negociación colectiva, circunscribe esta a la que se desarrolla «entre los representantes de los trabajadores y empresarios», ámbito subjetivo en el que no está incluida la Administración, de lo que debe deducirse que no existe base constitucional para un derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración pública, ni para que en sede constitucional pueda sostenerse la integración de la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho de libertad sindical en la Administración pública.

El derecho de negociación colectiva no es en sí un derecho fundamental, como ya afirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 de julio, cuando hizo notar que su significación desde el punto de vista de la libertad sindical que reconoce el artículo 28 CE "no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos

fundamentales y libertades públicas, en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución [...]", doctrina confirmada, entre otras, en las Sentencias número 118/83, de 13 diciembre, y 45/86, de 27 marzo, y a la que añadió posteriormente una precisión adicional al afirmar en su Sentencia 80/2000, de 27 de marzo, que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no deriva necesariamente de su derecho de sindicación, sino que el mismo "se integra como contenido adicional de la libertad sindical" y se ejercerá "en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente", lo que implica que su contenido y alcance, e incluso su existencia dependen de la voluntad del legislador ordinario y no de un imperativo constitucional.

El texto refundido del EBEP es la norma que establece y regula el derecho a la negociación colectiva en el ámbito de los empleados públicos. Esta norma, en el artículo 37, establece cuáles son las materias que quedan sujetas a negociación colectiva en cada ámbito respectivo y en función de las competencias de cada Administración.

La vulneración del derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE, de producirse, sería por tanto una vulneración mediata o indirecta, es decir, se produciría por infracción de la normativa básica que regula el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos y, en concreto, lo establecido en el mencionado artículo 37 EBEP.

En coherencia con el criterio mantenido por esta institución, explicitado en el fundamento segundo de esta resolución, cuando lo que se suscitan son controversias de carácter competencial sin incidencia directa en derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, no procedería un pronunciamiento expreso sobre la cuestión planteada.

No obstante lo anterior, debe hacerse notar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 87/2018, de 19 de julio, aclara que:

> La negociación colectiva que el aludido Estatuto reconoce a los funcionarios y que incluye "las normas que fijen los criterios generales en materia de provisión de puestos de trabajo" [art. 37.1 c) del estatuto básico del empleado público] debe entenderse en relación con su contexto, esto es, en relación con la Administración, y no con el Legislador. Así se desprende del propio Estatuto básico, cuyo artículo 33 establece que la negociación colectiva se realiza entre los representantes de los funcionarios, de una parte, y "los representantes de la Administración Pública correspondiente", de otra.
>
> Y en el mismo sentido, el artículo 37.1 antes citado dispone que serán objeto de negociación, entre otras materias, las normas antes citadas sobre provisión de puestos de trabajo, pero "en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso", o, dicho de otro modo, sin perjuicio de lo que pueda establecer el legislador y dentro del margen que el mismo establezca. De manera que la negociación colectiva regulada en el Estatuto básico del empleado público no es límite ni condición para la potestad legislativa del Parlamento autonómico, solo limitado

en derecho por la Norma suprema y por el control estrictamente jurídico derivado de ella que este Tribunal tiene encomendado [arts. 161.1 a) CE y 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC].

En atención a este pronunciamiento, la alegación del sindicato compareciente debe ser rechazada, toda vez que, a juicio de esta institución, no resulta sostenible fundamentar un recurso de inconstitucionalidad en la falta de negociación colectiva en una determinada mesa de negociación de las que prevé el EBEP cuando, conforme ha interpretado el Tribunal Constitucional, esa negociación no viene exigida en la Constitución ni en la norma básica que regula la negociación colectiva de los funcionarios.

CUARTO. Respecto de la presunta inconstitucionalidad de determinadas consideraciones incluidas en la exposición de motivos de la ley, basta indicar que el Tribunal Constitucional ha declarado en distintos pronunciamientos que "el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes" (STC 36/81, de 12 de noviembre), de modo que los preámbulos o exposiciones de motivos no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad (STC 150/1990, de 4 de octubre).

QUINTO. El sindicato compareciente cuestiona la constitucionalidad del artículo 14.3 de la ley por contemplar la no inclusión en las relaciones de puestos de trabajo de puestos de naturaleza coyuntural, ocupados por personal interino nombrado para ejecución de programas de trabajo temporal, o por exceso, o por entender que vulnera el artículo 74 EBEP.

Las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 del EBEP "comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias".

Tratándose de un mero instrumento de organización de las administraciones públicas, para la ordenación del personal, que ni declara ni reconoce derechos, difícilmente puede entenderse qué derecho de los ciudadanos pudiera vulnerar la normativa autonómica.

La solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazada en atención a las consideraciones expuestas en el fundamento segundo de esta resolución, que se dan por reproducidas.

Procede recordar a estos efectos que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, señala que

> la Comunidad Autónoma dispone de la competencia exclusiva sobre "la organización y estructura de sus instituciones de gobierno" (art. 46.1 EAAnd), por lo que el legislador andaluz tiene una amplia libertad de opción para configurar la organización administrativa de la comunidad autónoma y, en consecuencia, le corresponde también un amplio margen de maniobra para concretar y conciliar entre sí los muy diversos principios que inciden en la materia cuando adopta decisiones de reestructuración administrativa como las que contempla la ley impugnada.
>
> En suma, la circunstancia de que el legislador andaluz, al acometer una importante tarea de organización administrativa como es la reordenación del sector público, haya querido otorgar en el art. 1.1 de la Ley 1/2011 un valor informante superior a determinados principios —a los que califica de "ejes de la reordenación o reestructuración, presente o futura, del Sector Público de Andalucía"—, como son la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos, en detrimento de otros principios de carácter técnico o instrumental también implicados en tal tarea, como son los principios de racionalización y de simplificación, se ajusta al margen de configuración legal de que dispone el legislador autonómico para definir y reordenar el modelo organizativo de la Administración autonómica, dentro de los límites fijados por las disposiciones constitucionales y estatutarias.

Cabe añadir, en todo caso, que no se observa la pretendida colisión entre la norma autonómica y la norma estatal, toda vez que la normativa estatal no determina la obligatoriedad de incluir los puestos que responden a necesidades coyunturales en las relaciones de puestos de trabajo.

SEXTO. Las alegaciones que se realizan en relación con la invasión de competencias estatales definidas en el artículo 149.1.18 CE con ocasión de la pretendida vulneración del artículo 9.2 del EBEP, en cuanto que a juicio de los recurrentes el artículo 15 de la ley autonómica, en sus apartados 1, 2 y 4 relativos a las funciones del personal funcionario y laboral en la Administración de la Junta de Andalucía, vulnera la reserva de funciones que la regulación básica estatal atribuye exclusivamente a los funcionarios de carrera, difícilmente pueden justificar la actuación del Defensor del Pueblo, ya que, como se ha expuesto en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, es criterio de la institución no intervenir en asuntos de naturaleza competencial, ni fundamentar su posible intervención en razones de esta índole cuando el titular de la competencia presuntamente sustraída o vulnerada está legitimado para la acción que se solicita al Defensor del Pueblo.

Dicho lo anterior, en una somera aproximación al precepto, puede apuntarse que el artículo 9.2. EBEP, al disponer que "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca", no enuncia cuáles son esas funciones y, además, expresamente remite al legislador autonómico para su desarrollo,

por lo que *a priori* no cabe observar que el ejercicio de las competencias autonómicas para desarrollar esta materia pueda infringir la normativa básica y con ello de modo mediato la competencia exclusiva que en el establecimiento del régimen estatutario de los empleados públicos atribuye al Estado el artículo 149.1.18 CE.

El sindicato compareciente alude a la Sentencia del Tribunal Constitucional 230/2015, de 5 de noviembre, que anuló un precepto de contenido similar del Decreto-ley de Andalucía 5/2010, de 27 de julio. No obstante, obvia que la nulidad se declaró exclusivamente por no concurrir el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación de la norma. El Tribunal Constitucional se pronunció posteriormente sobre el asunto de fondo en su Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre, dictada en relación con la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, en la que clarifica esta cuestión en los siguientes términos:

> El art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 tiene carácter básico en el doble sentido, formal y material, exigido por nuestra doctrina. En efecto, por un lado, se contiene en una norma de rango legal y su carácter básico se desprende de la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 5/2015 que específica los títulos competenciales en los que se fundamenta la norma legal en su conjunto; por otro, es indiscutible que su contenido goza de carácter básico, pues constituye un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales.
>
> El art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 se limita a reservar al personal funcionario el ejercicio de determinadas funciones, que se delimitan mediante cláusulas generales —«funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas»— y, atribuye a las leyes autonómicas de desarrollo de cada Administración pública la fijación de los «términos» en los que se lleve a cabo ese ejercicio. Esta habilitación para el desarrollo legislativo del precepto se puede entender que incluye tanto la precisión de las concretas funciones que debe corresponder exclusivamente al personal funcionario, como la determinación de las modalidades según las cuales los funcionarios pueden desarrollar las referidas funciones.

Ha de precisarse además que, a juicio de esta institución, la deducción que hace el sindicato de que el listado de funciones que incluye el artículo 15 de la ley autonómica reservadas al personal funcionario constituye un listado cerrado, interpretando que las funciones no incluidas en el mismo pueden ser desempeñadas por personal laboral, no se cohonesta con la redacción del precepto. La norma identifica las funciones que necesariamente han de ser desempeñadas por personal funcionario conforme “y sin perjuicio” del artículo 9.2 del EBEP, de donde necesariamente ha de inferirse que las funciones no incluidas en dicho listado que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las administraciones públicas deben también ser desempeñadas por personal funcionario.

El precepto añade en su número 3 que los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía serán desempeñados con carácter general por personal funcionario público, lo que deja claro la opción del legislador autonómico por el régimen funcionarial frente al laboral en la organización de su estructura administrativa.

En cuanto al temor que expresa el sindicato a que puedan asignarse al personal laboral tareas de carácter administrativo que infrinjan los límites materiales que establece el artículo 9.2 del EBEP, ha de precisarse, de un lado, que el precepto examinado contempla la posibilidad de que el personal realice funciones «de carácter auxiliar, instrumental o de apoyo administrativo o técnico a las propias que implican ejercicio de autoridad, o a las que, de acuerdo con lo previsto en este artículo, se encuentran reservadas al personal funcionario», lo que significa *sensu contrario* que esas tareas no podrán implicar ejercicio de autoridad ni estar reservadas a personal funcionario, lo que en principio salva la objeción del sindicato compareciente.

Ha de señalarse, además, a este respecto, que el Tribunal Constitucional tiene declarado que "es constante la doctrina que insiste en que no será legítima la utilización del recurso de inconstitucionalidad con la finalidad de obtener declaraciones preventivas o previsoras de eventuales agravios competenciales o interpretativas que pongan a cubierto de aplicaciones contrarias al orden de competencias establecidas en la Constitución y, dentro del marco constitucional, en los Estatutos de Autonomía (STC 49/84, de 5 de abril, FJ 2" (SSTC 110/2011, y 31/2010). El recurso de inconstitucionalidad no tiene carácter preventivo excepto, y ello con matices, en el caso del control previo de inconstitucionalidad de los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos y, en consecuencia, no cabe alegar para fundamentarlo que la futura aplicación de la norma pudiera eventualmente infringir la normativa básica. Si esta circunstancia llegara a producirse sería entonces cuando cabría reaccionar en la vía que proceda, pero sin perder de vista que la vulneración no derivaría entonces de la norma, sino de los actos de aplicación.

En conexión con lo anterior, cuestiona el sindicato la constitucionalidad de la disposición final segunda de la ley, por la que se modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y se contempla que excepcionalmente la ley pueda atribuir a las sociedades mercantiles del sector público andaluz el ejercicio de potestades administrativas.

Respecto de esta cuestión, bastaría decir que su evidente falta de conexión con derechos y libertades protegidos constitucionalmente justifica el no pronunciamiento de esta institución, a lo que interesa añadir que el Tribunal Constitucional en su citada Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5, examina de modo extenso este asunto y concluye que la normativa básica, concretada en el artículo 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,

no cierra el paso a la atribución de potestades administrativas a las entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las administraciones públicas territoriales.

SÉPTIMO. Cuestiona el sindicato compareciente distintos preceptos de la regulación novedosa que contiene la ley autonómica de la figura del personal directivo profesional, que desarrolla la figura del personal directivo que contempla el EBEP en el artículo 13.

Este precepto básico reconoce la competencia de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas para establecer su régimen jurídico específico así como los criterios para determinar su condición, y se limita a establecer los principios a los que deben ajustarse el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas en el establecimiento de este régimen, sin que el sindicato compareciente alegue ni esta institución observe contradicción entre la normativa autonómica y la básica.

La limitación de la oposición del sindicato al orden competencial haría innecesario, siguiendo el criterio de esta institución para intervenir en tales cuestiones, de un mayor examen de este asunto. En todo caso, a juicio de esta institución, el legislador autonómico ha asumido la competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica de acuerdo con el artículo 149.1.18 CE y que en esta materia expresamente le reconoce el EBEP.

Así, respecto de sus objeciones a las funciones que puede desempeñar el personal directivo laboral, ha de indicarse, en primer lugar, que el EBEP regula el personal directivo en el artículo 13 y expresamente prevé que puede ser personal laboral.

Los argumentos expuestos en el apartado anterior respecto de las funciones que puede desempeñar el personal laboral sirven para rechazar las alegaciones que realiza el sindicato compareciente sobre la presunta inconstitucionalidad de distintos artículos de la ley autonómica por entender que atribuye a este personal funciones reservadas por la normativa básica a personal funcionario.

Alega también el sindicato que el artículo 22 de la norma autonómica se opone al artículo 23.2 CE y a la normativa básica por no mencionar entre los principios de selección de este personal el principio de igualdad, junto a los principios de mérito y capacidad y publicidad y el criterio de idoneidad, a los que sí se refiere.

A juicio de esta institución esta aseveración carece de fundamento. Y esto es así porque la normativa básica, esto es, el EBEP, en su artículo 13, dispone que «la selección de este atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia», sin hacer expresa referencia al principio de igualdad, por lo que, desde un punto de vista meramente formal o literal, no cabe apreciar contradicción entre ambos preceptos.

No resulta posible hacer aquí un análisis de la extensa doctrina constitucional recaída sobre el principio de igualdad en el acceso al empleo y en la promoción interna de los funcionarios. Basta aquí hacer referencia a la consolidada jurisprudencia constitucional

que advierte de que los principios de mérito y capacidad en el acceso a funciones y cargos públicos que la Constitución consagra en el artículo 103. 3 concretan y articulan el genérico juicio de igualdad en esta materia consagrado por el artículo 23.2 (STC 302/93, entre otras muchas) y es en estos principios, junto al de idoneidad, a los que remite tanto la legislación básica como la autonómica para la selección de este personal, y en lo que concreta este genérico principio de igualdad.

OCTAVO. El artículo 43 de la ley autonómica, referido a la dedicación exclusiva a las funciones públicas, también tachado de inconstitucional por el sindicato compareciente por omitir la referencia a las excepciones al régimen de incompatibilidades establecido en la legislación básica del Estado (artículos 17 y 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas), debe también ser rechazado.

Reclama aquí el sindicato, en último término, que se promueva recurso de inconstitucionalidad no por lo que la ley dice, sino por lo que no dice, o lo que es lo mismo, inconstitucionalidad por omisión.

Sobre este tipo de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ha declarado en su Sentencia 87/1989, de 11 de mayo, así como en las Sentencias 24/1982, de 13 de mayo, y 74/1987, de 25 de mayo, que la inconstitucionalidad por omisión “solo se produce cuando la propia Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”. Es evidente que en el presente caso no cabe acudir a la inconstitucionalidad de las normas por omisión, ya que la norma cuestionada no desarrolla precepto constitucional alguno y no cabe predicar respecto del legislador el deber de dictarla.

Fundamentalmente ha de resaltarse que el artículo 41 de la ley autonómica indica expresamente que "el personal incluido en el ámbito de aplicación de la ley queda sujeto al régimen de incompatibilidades establecido en la normativa estatal de carácter básico, en esta ley, en las disposiciones que las desarrollen y en las normas sectoriales que le sean de aplicación", lo que hace de aplicación sin más esfuerzo interpretativo a este personal el régimen de incompatibilidades establecido en la legislación básica sin necesidad de reproducir expresamente el contenido de los preceptos de la legislación básica que regulan la materia.

NOVENO. Respecto de la promoción interna, el sindicato recurrente cuestiona la constitucionalidad de los artículos 57.2 y 58, en cuanto que contempla la posibilidad de llevar a cabo la promoción interna, además de a través del sistema de concurso oposición, mediante actividades formativas selectivas.

Sostiene a este respecto que esta posibilidad contradice lo dispuesto en el artículo 18 en relación con el 55 del EBEP, que exige que la promoción interna de los funcionarios de carrera se realice mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los

principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y no se ajusta a las previsiones del artículo 23.2 en relación con el 103 CE.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que el artículo 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículo 103.3 CE), los cuales solo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F6). Igualmente, el Tribunal ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones que es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos, o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F5).

Es por tanto aplicable a este caso esa diferencia de «rigor e intensidad» con la que operan esos principios y a la que alude el Tribunal Constitucional, y se abre al propio tiempo la posibilidad mencionada de «tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos».

Ahora bien, advierte también el Tribunal Constitucional que no por eso dejan de jugar los principios de mérito y capacidad en el acceso a funciones y cargos públicos que la Constitución consagra en el artículo 103.3, principios que, como se ha señalado, concretan y articulan el genérico juicio de igualdad en esta materia consagrado por el artículo 23.2. En este sentido, afirma en su Sentencia 302/1993, de 21 de octubre, que:

> La promoción interna de los funcionarios a través del trabajo no puede confundirse con una patente para excluir la vigencia de estos preceptos constitucionales ni siquiera temporal y excepcionalmente, puesto que nada permite al legislador estatal o autonómico transgredir los límites que la Constitución impone a su libertad de configuración normativa y menos cuando está en juego un derecho con rango de fundamental como es la igualdad de públicas (artículo 23.2 CE).

Como es bien sabido, una norma ha de ser interpretada conforme a la Constitución cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales una conduce a la conformidad de la norma con la Constitución. Asimismo, como se ha puesto de relieve en el fundamento anterior de esta resolución, la inconstitucionalidad por omisión solo se produce cuando la propia Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace.

Así, recuerda el Tribunal Constitucional que «En principio, en tanto que las normas aparecen integradas en un ordenamiento jurídico determinado, los huecos que en su regulación existan, pueden ser integrados por los principios que lo informan y sustentan, por lo que las omisiones no vician de inconstitucionalidad la norma» (STC 135/2018, de 13 de diciembre).

A partir de estas consideraciones, esta institución quiere entender que cuando el legislador autonómico se refiere a “actividades formativas selectivas” pretende con ello atender a los principios de mérito y capacidad, cuya eficacia se proyectará sobre tales actividades formativas selectivas, y sobre las condiciones objetivas que los participantes deban aportar para superarlo.

DÉCIMO. El artículo 66 de la ley regula las retribuciones complementarias. Este precepto define en su artículo 1 las retribuciones complementarias y las identifica en su apartado 2 en atención a su finalidad, a cuyo efecto establece ocho distintos complementos. Entre estos, el sindicato compareciente cuestiona el complemento de carrera profesional (apartado a) y el complemento de nivel competencial (apartado b).

No arguye el sindicato compareciente en qué medida la regulación material que realizan estos complementos retributivos se opone a preceptos constitucionales o a la normativa básica. Se limita a afirmar que la norma ha eliminado el complemento de destino y que este constituye normativa básica estatal, sin precisar el concreto precepto que lo impone, así como el insuficiente desarrollo de estos nuevos complementos. Sostiene también, sin mayor argumentación que lo sustente, que esta regulación destruye derechos adquiridos, lo que supone una lesión del artículo 9.3 CE.

Esta última afirmación la hace extensiva a la previsión que incluye el inciso final del apartado g) de este precepto, que, tras establecer que el personal funcionario de carrera podrá percibir complementos personales transitorios si como consecuencia de determinadas situaciones se produjera una disminución en cómputo anual de las retribuciones consideradas fijas y periódicas, dispone que: “En ningún caso tendrá derecho a este complemento en el supuesto de obtención continuada de tres o más resultados negativos y consecutivos en la evaluación del desempeño”.

Como indica la exposición de motivos de la ley, se establece la clasificación de las retribuciones del personal funcionario de carrera, añadiendo a lo regulado por la normativa estatal de carácter básico una novedosa clasificación de las retribuciones complementarias, que atiende esencialmente a la implantación de la carrera horizontal y a la regulación de la evaluación del desempeño.

De las manifestaciones que realiza el sindicato compareciente se desprende que lo que alega no es tanto la inconstitucionalidad de los nuevos complementos retributivos que regula la ley autonómica, sino la omisión del complemento de destino. La falta de identificación del concreto precepto de la normativa básica que entiende vulnerado, y a

través del que considera medianamente infringido en artículo 149.1.18 CE, constituye, a juicio de esta institución, suficiente justificación para no valorar estas alegaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera oportuno recordar, brevemente, el alcance de las competencias estatales sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos para dar respuesta desestimatoria a la pretensión del sindicato compareciente.

El artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos. Por su parte, a las comunidades autónomas corresponde en esta materia "la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, de acuerdo con la legislación básica, en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la comunidad autónoma y al servicio de las corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial (SSTC 39/2014, de 11 de marzo y 116/2022, de 27 de septiembre, entre otras muchas)".

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, regula en su artículo 23 los conceptos retributivos, distingue a estos efectos entre retribuciones básicas y complementarias y entre estas últimas contempla en complemento de destino, correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe.

El Estatuto Básico del Empleado Público clasifica las retribuciones en básicas y complementarias, definiendo estas como las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario (artículo 20). El artículo 24 dispone que la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.
c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.
d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Conforme a la disposición final cuarta de la ley, lo establecido en estos preceptos «producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto».

De lo expuesto se colige, sin necesidad de mayor análisis, que, de conformidad con la normativa básica, corresponde a las comunidades autónomas la determinación de la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias, con sujeción únicamente a los límites y criterios que establece el mismo EBEP, que no exige un concepto retributivo denominado complemento de destino. Las previsiones de la Ley 30/1984 (entre las que

se encuentra este complemento) resultan de aplicación hasta que se apruebe normativa autonómica de desarrollo del EBEP, desarrollo que precisamente ha dado Andalucía mediante la ley que aquí se cuestiona, acomodando las retribuciones complementarias a las previsiones del EBEP. Por tanto, en este aspecto no se observa la tacha de inconstitucionalidad alegada.

Como se ha indicado, el sindicato compareciente afirma, con débil argumentación, que la supresión de este complemento de destino (y el establecimiento de los nuevos complementos que ha establecido el legislador), así como la previsión del apartado g) del artículo 66.2, afecta a derechos retributivos adquiridos y vulnera los principios constitucionales consagrados en el artículo 9.3.

> Respecto de esta afirmación, cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en consolidada y constante jurisprudencia, ha abordado el carácter estatutario de la relación que une al funcionario con la Administración, y ha declarado que:
>
> El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo, de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando [...] porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionarial (art. 103.3 CE).
>
> Por otro lado, no hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho al disfrute de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que el catálogo de situaciones continúe inmodificado por el legislador, de modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública (STC 99/1987, FJ 6).

En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la concreta cuestión de las reducciones salariales en el ámbito del empleo público en distintas ocasiones. Así, señala este alto Tribunal que el ATC 179/2011, al examinar la reducción salarial operada por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, niega que esta norma haya producido una expropiación de derechos económicos de los empleados públicos que contravenga lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, porque:

> […] la reducción de retribuciones impuesta por el artículo 1 del Real Decreto ley afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (artículo 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos. Por la misma razón ha de descartarse que la reducción de retribuciones impuesta quiebre el principio de

protección de la confianza legítima, en cuanto manifestación del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) (ATC 35/2012, FJ 3).

De acuerdo con esta doctrina, el personal afectado por la norma cuestionada no ostenta el derecho, sino una mera expectativa de que las condiciones existentes en el momento de su ingreso y durante el desarrollo de su carrera se mantengan en el futuro. Entre esas condiciones modificables se encuentra, sin duda alguna, la cuantía de las retribuciones y la de cada uno de sus componentes, siempre que se refieran, claro está, a períodos en los que el servicio aún no se hubiera prestado.

Además de lo dicho, ha de indicarse que la Ley 5/2023, de 7 de junio, establece en su disposición transitoria quinta una garantía retributiva que expresamente dispone que la aplicación de la ley no supondrá merma en las retribuciones fijas y periódicas que se estén percibiendo antes de su entrada en vigor. A tal efecto y, en caso de ser necesario, «se reconocerán los correspondientes complementos personales transitorios, que se absorberán de la forma que se establezca en las normas presupuestarias», lo que despeja las dudas sobre la afección de derechos adquiridos en materia retributiva que plantea el sindicato.

El cuestionamiento que hace el sindicato de la constitucionalidad de la regulación del sistema de reconocimiento y consolidación de grado de personal que se recoge en la disposición transitoria primera de la ley sobre la pretendida vulneración de derechos adquiridos en materia retributiva, sin argumentación que sustente su pretensión, debe ser rechazada en atención a estos mismos razonamientos.

UNDÉCIMO. Sostienen los interesados la presunta vulneración de los artículos 28, 37 y 149.1.18 CE por parte de varios preceptos de la ley que regulan el derecho a la negociación colectiva y representación, más concretamente los artículos 86.2 y 87 de la ley, referentes, respectivamente, a la negociación en los órganos de representación y a las garantías, derechos y deberes de la función representativa del personal.

Así, inciden en que cuando la ley autonómica dispone que materias de trabajo comunes al personal laboral y funcionario sean tratadas exclusivamente en la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, laboral y estatutario, excluye a la Mesa General de Funcionarios del tratamiento de estas materias incluso en los supuestos en los que las materias tratadas afectan en mayor medida a este último personal, lo que a su juicio se opone a la legislación básica. No obstante, no se argumenta en el escrito en qué modo esta regulación se opone a la normativa básica.

A partir de estas consideraciones, el examen de si la exigencia que contiene el artículo 86.2 al determinar las materias que deben negociarse en cada mesa con carácter exclusivo vulnera los derechos citados debe hacerse en relación con lo que al respecto establece la normativa básica, contenida en los artículos 31 y siguientes del EBEP.

Las afirmaciones del sindicato merecen las consideraciones expuestas al comienzo de esta resolución en relación con el alcance del reconocimiento constitucional de la

negociación colectiva en el ámbito funcionarial, que se dan por reproducidas, conforme a las cuales, muy sucintamente dicho, el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos no es en sí un derecho fundamental, se integra como contenido adicional de la libertad sindical y se ejercerá «en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente», lo que implica que su contenido y alcance, e incluso su existencia dependen de la voluntad del legislador ordinario y no de un imperativo constitucional.

No cabe por tanto sino reiterar aquí las razones de prudencia que justifican que esta institución evite pronunciarse sobre cuestiones que atienden fundamentalmente al orden de distribución de competencias y su afección mediata a derechos y libertades fundamentales. Si no cabe la alegación de la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical referido a los eventuales incumplimientos del régimen vigente en materia de negociación colectiva de los funcionarios públicos y asimilados, no es posible sobre tal fundamentación acceder a lo solicitado y hacer uso de la legitimación que ostenta el Defensor del Pueblo.

Estos mismos argumentos constituyen base suficiente para rechazar la pretensión de inconstitucionalidad de la disposición trigésima octava, que se limita a aplicar las previsiones legales para la negociación colectiva del desarrollo reglamentario de la ley.

El artículo 87 de la ley, por su parte, enuncia las garantías y derechos inherentes al ejercicio de la función representativa del personal. Los interesados arguyen que este enunciado de derechos y garantías tiene carácter cerrado y no garantiza derechos reconocidos en la normativa básica. No obstante, esta apreciación no se sostiene en una interpretación integrada con el artículo 81 de la ley, que establece los principios generales del derecho a la negociación colectiva, y expresamente somete el ejercicio de los derechos a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de las condiciones de trabajo del personal incluido en su ámbito de aplicación «a la normativa estatal de carácter básico, por su normativa de desarrollo y por lo dispuesto en esta ley».

DUODÉCIMO. En el capítulo dedicado a las relaciones de puestos de trabajo, las apreciaciones que realiza el sindicato compareciente respecto de la creación de estructuras organizativas complementarias a los puestos de trabajo a la que se refiere el artículo 104 merece las mismas consideraciones ya expuestas en el fundamento quinto respecto del artículo 14.3 de la ley, por lo que se dan por reproducidas.

Expresa también su discrepancia con la previsión de modificar con carácter automático las relaciones de puestos de trabajo en determinados supuestos, estos sí tasados, por parte de la persona titular del órgano directivo central con competencias en materia de función pública.

Considera a este respecto el sindicato que esta previsión vulnera los derechos previstos en los artículos 28 y 37 CE. Afirma que todos los supuestos que enuncia la

norma afectan directa o indirectamente a condiciones de trabajo del personal funcionario, por lo que están obligados a negociación previa en los supuestos que exige la normativa básica, esto es, para la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las administraciones públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las comunidades autónomas (artículo 37.1 k EBEP) y en las materias que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de ley (37.2 a EBEP).

La exposición de motivos de la ley señala que el establecimiento de supuestos tasados en los que la modificación de las relaciones de puestos de trabajo tiene carácter automático tiene por finalidad dotar de una mayor eficacia a la gestión de los recursos humanos y, por tanto, a la prestación del servicio.

Las consideraciones realizadas en el anterior fundamento en relación con el alcance del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos y su no consideración como derecho fundamental, justifican sin más esfuerzo argumental no entrar en el análisis de las alegaciones del sindicato compareciente.

No obstante, se considera oportuno apuntar que el Tribunal Supremo, en la interpretación de estos preceptos, viene a concluir que el requisito de la negociación colectiva es exigible si el contenido del presupuesto o de la resolución de que se trate afecta a las condiciones de trabajo del personal funcionario o laboral, aun cuando responda al ejercicio por la Administración de sus potestades de organización (SSTS de 24 de junio de 2011, 26 de fecha de 2011, 30 de noviembre de 2011 y 10 de julio de 2012, entre otras).

En este sentido añade la Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 que:

> Lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es, pues, que la concreta actuación de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos; esto es, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo, en el bien entendido de que, como se ha destacado también por el Tribunal Supremo, la mera referencia a aspectos relativos a esas condiciones de trabajo, sin entrar en su regulación ni en su modificación, no requiere de dicha negociación colectiva previa, ya que mencionarlos no significa entrar en su régimen ni variar su contenido.

DECIMOTERCERO. La objeción que se realiza a la inclusión, en el artículo 105 de la ley que se examina, de los principios de fiabilidad y validez predictiva entre los principios rectores de acceso al empleo público, carece, a juicio de esta institución, de base para fundamentar una petición de inconstitucionalidad. Se trata de conceptos elaborados por la doctrina científica que se enuncian como una concreción de la exigencia dirigida a garantizar la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar que refiere el artículo 55 del EBEP. No solo no se oponen a los

principios rectores del empleo público, sino que están íntimamente relacionados con el principio constitucional de capacidad que rige el acceso al empleo público y pretenden imponer una mayor exigencia a las administraciones en su consecución.

Cuestiona el sindicato en materia de provisión de puestos los artículos 124 y 128, en cuanto al procedimiento de libre designación. El primero de estos preceptos, bajo el epígrafe «Procedimientos ordinarios de provisión» incluye la libre designación junto al concurso. El sindicato compareciente se remite a distintas sentencias del Tribunal Supremo que, a su juicio, determinan que la libre designación no puede tener carácter ordinario. Abundando en esta consideración, estima que el artículo 128, al determinar las características de los puestos de trabajo que pueden cubrirse por este sistema, no garantiza la excepcionalidad de este sistema de procedimiento de selección y contradice la legislación básica del Estado, y se refiere a estos efectos específicamente al artículo 80 del EBEP.

Si bien, siguiendo el criterio explicitado por esta institución al inicio de esta resolución respecto del ejercicio de su legitimación, el análisis de este asunto va a abordarse a partir de la adecuación de la regulación autonómica al artículo 23.2 en relación con el 103.3 CE, que consagran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, dada la indudable trascendencia que esta materia tiene en el derecho de los funcionarios al desarrollo de la carrera profesional, se considera oportuno realizar unos breves apuntes en relación con el alcance de la normativa básica sobre la provisión de puestos de trabajo mediante el procedimiento de libre designación y la interpretación que en este marco entiende esta institución que ha de darse a los preceptos de la ley autonómica que regulan la materia, pudiendo adelantarse que no se observa la contradicción alegada.

Como primera apreciación ha de indicarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya indudable trascendencia evidentemente no se niega, no constituye el término de contraste para elaborar el juicio de constitucionalidad.

Por otra parte, parece oportuno indicar que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a la que fundamentalmente se refiere esta jurisprudencia, regula en su artículo 20, de modo pormenorizado, la provisión de puestos de trabajo con carácter básico y la propia entrada en vigor de la Ley 5/2023, de la Función Pública de Andalucía, ha determinado su pérdida de vigencia, conforme a lo dispuesto en la disposición final 4.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

El EBEP identifica en el artículo 79 el concurso como el «procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo». El artículo 80 del EBEP define en su número 1 la libre designación como sistema que consiste en «la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto».

El apartado 2 del precepto explicita que «las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública».

El apartado 4 dispone que el personal así nombrado podrá ser cesado discrecionalmente y añade que «En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema».

El EBEP mantiene la previsión del concurso como procedimiento normal de provisión de puestos que establece la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Se configura así en la ley el concurso como sistema normal de provisión frente a la libre designación como sistema, podemos decir, si bien no lo define así la norma, no ordinario, extraordinario o excepcional, al que únicamente se puede acudir en relación con determinada clase de puestos de trabajo.

La norma autonómica identifica la libre designación como procedimiento ordinario de provisión. No obstante, debe entenderse que se trata de una cuestión de carácter meramente terminológico, que utiliza el legislador autonómico, en el ejercicio de sus facultades de desarrollo del régimen estatutario, en contraposición a lo que denomina en el artículo 125 de la misma ley «Otros procedimientos de provisión de carácter extraordinario».

La adecuación a la normativa básica y la consideración de la libre designación como procedimiento «no normal» de provisión de puestos, frente al concurso como procedimiento normal vendrá dado por el contenido material de las normas autonómicas que determinan los puestos que pueden ser provistos mediante este sistema y los requisitos o condiciones para su cobertura, y en este aspecto no se observa contradicción o inadecuación entre la ley autonómica y la norma básica.

Puede añadirse a este respecto que el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 116/2022, de 27 de septiembre, FJ 5, se refiere tanto al concurso como a la libre designación como sistema y mecanismos ordinarios de provisión.

En cuanto a la afirmación de que se trata de un procedimiento fundamentado en el principio de idoneidad y no en los de igualdad, mérito y capacidad, además de reiterar el diferente rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, de 5 de octubre, que examina en profundidad el sistema de libre designación como uno de los dos modos (junto con el concurso) de provisión de puestos de trabajo en el ámbito funcionarial y recuerda el respaldo que la jurisprudencia constitucional ha prestado a este sistema, tal y como reflejan las siguientes palabras de la STC 207/1988, de 8 de noviembre:

> Pues bien, en nuestro ordenamiento y en las diversas Administraciones Públicas, no existe un solo sistema o procedimiento para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, ni existe tampoco homogeneidad entre las situaciones de permanencia y estabilidad correspondientes a los diversos puestos. Pero, dada la variedad de Administraciones, de las tareas a desarrollar y de las diferentes circunstancias de los puestos de trabajo en ellas existentes, no resulta irrazonable, sino incluso fácilmente comprensible, esa multiplicidad de procedimientos y régimen de permanencia. Ello se traduce en la existencia de diferencias entre las diversas Administraciones respecto del margen de actuación de que disponen para la provisión de puestos de trabajo, aun cuando ello no pueda significar que tal margen sea absoluto, y que pueda convertirse en arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada caso se establezcan siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa (FJ 3).
>
> Añade el Tribunal Constitucional que
>
> Esta doctrina, que se reitera en las SSTC 18/1987, de 16 de febrero, FJ 5, y 10/1989, de 24 de enero, FJ 3, permite sostener la constitucionalidad del sistema de libre designación, cuya entrada en juego no comporta que los principios de mérito y capacidad queden exclusivamente constreñidos al ámbito del concurso, en la medida en que (y con independencia, como ahora se dirá, de que cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios operen otros bienes y valores distintos de los que aquellos principios incorporan) la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencia y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa, con la consecuencia, en todo caso, de la eventual apreciación, con ocasión del oportuno control judicial ex artículo 106.1 CE, del vicio de desviación de poder de constatarse una marginación indebida de los principios de mérito y capacidad.

Por conexión material se considera oportuno mencionar aquí las objeciones que plantea el sindicato compareciente al procedimiento para la adscripción provisional cuando se produzca el cese de un puesto de trabajo de libre designación que regula la ley autonómica en el artículo 134.

Alega el sindicato que el sistema establecido vulnera los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad por establecer distintas obligaciones para el personal adscrito provisionalmente en atención a que el puesto que ocupaban anteriormente se hubiera obtenido por concurso o por libre designación. No obstante, ha de indicarse, además de que en relación con la igualdad no se aprecia infracción en cuanto que los supuestos de hecho no son iguales y, por tanto, pueden tener consecuencias jurídicas diferentes, que precisamente lo que hace la norma es anudar a ambos supuestos de hecho la misma consecuencia, que es la obligación de participar dentro de los dos años siguientes al cese en los concursos que convoquen puestos en su localidad de adscripción.

A este respecto, no cabe alegar para fundamentar el recurso de inconstitucionalidad la existencia de criterios o prácticas administrativas como las que refiere el sindicato en su escrito que pudieran generar eventualmente algún tipo de desigualdad. Como se ha expresado ya con anterioridad, el trato desigual derivada, en tal caso, de la norma o acto administrativo que establezca tal trato desigual y no de la ley, por lo que, de producirse esa eventualidad, cabría reaccionar por las vías procedentes.

Las apreciaciones que realiza en relación con la disposición transitoria segunda, referida también a la libre designación en tanto no se proceda al desarrollo reglamentario del contenido de las relaciones de puestos de trabajo, no solo no pueden servir de base para sustentar un recurso de inconstitucionalidad sino que, además, carecen de fundamento, ya que no existe margen alguno para interpretar, como hace el sindicato, que tales puestos puedan cubrirse por este sistema sin cumplir los requisitos exigidos para su desempeño.

DECIMOCUARTO. Las consideraciones que realiza el sindicato compareciente respecto de la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley 5/2003, de 27 de junio, de la Función Pública de Andalucía, que regulan la movilidad forzosa, están referidas a la presunta invasión del orden competencial que establece el artículo 149.1.18 CE, sin referencia a derechos y libertades constitucionalmente protegidos que puedan estar eventualmente vulnerados, lo que, siguiendo el criterio de esta institución ya explicitado, justifica que esta institución se abstenga de emitir un pronunciamiento al respecto.

Basta apuntar, en todo caso, que no se coincide con las apreciaciones que realiza el referido sindicato y recordar a estos efectos que la inamovilidad de los funcionarios públicos no es un derecho que como tal figure previsto en la Constitución que, al respecto, se limita a remitir a la ley la regulación de las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones (artículo 103.3 CE).

DECIMOQUINTO. La disposición adicional quinta de la Ley 5/2003, de 27 de junio, establece los cuerpos y especialidades de la Administración General de la Junta de Andalucía, e incorpora las titulaciones que se requieren para el acceso a cada uno de los cuerpos y especialidades.

El sindicato compareciente cuestiona las titulaciones requeridas para el ingreso en alguno de estos cuerpos, por entender que circunscribir la titulación requerida a determinadas titulaciones y no a otras que, a su juicio, resultan también adecuadas, vulnera el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

El [...] mantiene una pretensión similar referida a la titulación requerida en la disposición adicional decimosexta para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspección de Medio Ambiente y Cuerpo de Subinspección de Medio Ambiente, cuerpos de nueva creación dentro del Grupo A, subgrupos A1 y A2, respectivamente. Para el ingreso en estos cuerpos es necesario estar en posesión de las titulaciones establecidas en la disposición adicional quinta.

Así, para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspección de Medio Ambiente, la ley establece como requisito de titulación:

> Títulos universitarios oficiales de Grado en los ámbitos del conocimiento en derecho y especialidades jurídicas; en biología y genética; en ciencias medioambientales y ecología; en ciencias de la tierra; y en química, Licenciatura en Derecho, Biología, Geografía, Ciencias del Mar, Ciencias Ambientales y Química, o el título universitario oficial que habilite, de acuerdo con la legislación vigente, para el ejercicio de las profesiones reguladas de Ingeniería Industrial, Ingeniería Química, Ingeniería de Montes, Ingeniería Agrónoma, Ingeniería de Minas, Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos.

Para el ingreso en el Cuerpo de Subinspección de Medio Ambiente, los requisitos de titulación que contempla la ley son:

> Títulos universitarios oficiales de Grado en Ciencias del Mar; en los ámbitos del conocimiento en derecho y especialidades jurídicas; en biología y genética; en historia, arqueología, geografía, filosofía y humanidades; en ciencias medioambientales y ecología; en ciencias de la tierra; y en química, o el título universitario oficial que habilite, de acuerdo con la legislación vigente, para el ejercicio de las profesiones reguladas de Ingeniería Técnica Agrícola, Ingeniería Técnica de Obras Públicas, Ingeniería Técnica Industrial, Ingeniería Técnica de Minas, Ingeniería Técnica Forestal.

En síntesis, el colegio profesional señala que la profesión veterinaria es una profesión sanitaria y que las funciones inherentes a esos cuerpos son conformes con su titulación y competencias específicas, tanto es así que, según indica, en la actualidad muchos funcionarios del Cuerpo Superior Facultativo especialidad Veterinaria de la Administración General de la Junta vienen desempeñando sus funciones en las áreas funcionales de medio ambiente, gestión del medio ambiental y calidad ambiental.

Estima que la norma discrimina la profesión de veterinaria y supone un agravio comparativo que constituye una posible infracción constitucional del artículo 23.2 CE en su vertiente de acceso a funciones públicas, que, además, puesto en relación con el artículo 103.3 CE, atenta igualmente a los principios de mérito y capacidad que deben regir el acceso a puestos públicos.

> Antes de pasar al análisis de la cuestión parece oportuno señalar que, según se refleja en el «Informe de valoración de los cambios que se realizan en el Borrador 5.2 del Anteproyecto de la Ley de la Función Pública de Andalucía, de fecha 22 de marzo de 2022», elaborado por la Secretaría General para la Administración Pública, en el trámite de elaboración de la norma se consideró necesario completar la regulación incorporando las titulaciones exigidas para el acceso a cada una de las especialidades en atención a la reserva de ley que establece el artículo 100.2 de la misma ley.
>
> Este informe señala que:
>
> El criterio seguido para establecer las titulaciones es agruparlas por los ámbitos de conocimiento regulados en el Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre,

> por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, de acuerdo con el cual todos los títulos universitarios de Grado y Máster deberán adscribirse a uno de estos ámbitos en el momento de inscribirse en el RUCT (Registro de Titulaciones).

El artículo 23.2 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en doctrina que ha reiterado en numerosísimas sentencias (por todas, STC 50/86, FJ 4), precisa el contenido del derecho proclamado en este artículo haciendo notar que:

> No nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinadas, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y a fortiori el derecho a esta misma, solo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso a cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

Así pues, es la «ley» la llamada a determinar los requisitos, reglas y condiciones exigibles a los ciudadanos para el acceso a los puestos o cargos propios de las distintas funciones públicas, concretando así, en cada caso, el contenido de un derecho que en su formulación constitucional solo habilita a los ciudadanos a reaccionar contra cualquier quiebra de la igualdad. Por ello, los requisitos, reglas y condiciones que para cada supuesto concreto establezca el legislador han de respetar el principio de igualdad tanto en su vertiente general de proscripción de desigualdades fundadas en cualquiera de los elementos del artículo 14 de la Constitución como en la más específica de acceso a la función pública de no exigir condiciones o requisitos que no sean referibles o no tengan relación con el mérito y la capacidad a que alude el artículo 103.3 de la Constitución.

Resumiendo su propia doctrina, el Tribunal Constitucional dice en el FJ 3 de la Sentencia 96/1997, de 19 de mayo, lo siguiente:

> Asimismo, hemos declarado que la igualdad, en su acepción primaria, proscribe ya la determinación de requisitos que traduzcan desigualdades arbitrarias (SSTC 75/93, 50/86, 148/86, 192/87, 193/87, 75/88 y 67/89), ya la fijación de reglas y condiciones rectoras del acceso de las que en modo alguno puedan predicarse las notas de generalidad y abstracción, por implicar, en virtud de su individualización y concreción verdaderas acepciones o, sensu contrario, pretericiones *ad personam* (SSTC 42/81, 50/86, 148/86, 18/87, 67/89, 27/91, 93/95 y 11/96) ya, finalmente, la transgresión de las bases del procedimiento de selección en detrimento de algunos de los en él intervinientes (STC 115/96).

Están proscritas, pues, las desigualdades arbitrarias, en cuanto carentes de justificación proporcionada, objetiva y razonable, las reglas y condiciones no generales y

abstractas que pretendan la acepción o preterición de personas concretas, y, desde luego, la aplicación desigual de las reglas generales en detrimento de cualesquiera participantes.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otras, en su Sentencia 144/1988, de 12 de julio, que el principio de igualdad no solo opera en el plano de la aplicación de la norma, obligando a que esta opere de modo igual para todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sino que también actúa como límite frente al propio legislador. En este plano, el principio de igualdad opera impidiendo que en la norma se configuren artificiosamente supuestos de hecho a través de los cuales:

> se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (FJ 1).

Respetando los límites hasta aquí expuestos, el legislador puede regular en cada caso el acceso a la función pública del modo que tenga por más conveniente, concretando según su libre apreciación los requisitos que deban reunir los candidatos o aspirantes a la función pública, los procedimientos a través de los cuales se produzca la selección de los que dispongan de más méritos y mejor capacidad, y la forma en que la incorporación a la función pública habrá de producirse.

Es decir, dentro del respeto al principio de igualdad, el legislador dispone de un «notable margen de apreciación» para concretar el contenido del derecho de acceso a la función pública, pues como afirma el Tribunal Constitucional en la Sentencia ya citada 50/1986, de 23 de abril:

> Ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la Ley, ni, aunque así no fuera, puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador como a la Administración, para dotar de contenido en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad.

El legislador, por tanto, dentro de los límites que impone el respeto a los principios constitucionales antes mencionados, puede configurar libremente el acceso a cada cargo o función pública dentro del amplio margen que le permite su legítima libertad de opción entre todas las posibilidades constitucionalmente válidas. Porque, en definitiva, para describirlo gráficamente, el legislador puede hacer todo lo que la Constitución expresamente no le prohíba, en ejercicio de una libertad de acción muy superior a la que ostenta la Administración en el proceso de aplicación de la ley, en el que solo puede hacer aquello que esta expresamente le autorice.

Tomando en consideración la doctrina expuesta, a juicio de esta institución entra en el margen de libre apreciación del legislador determinar las concretas titulaciones exigidas para el ingreso a la función pública.

DECIMOSEXTO. El sindicato compareciente cuestiona la constitucionalidad de la disposición adicional trigésimo séptima, apartado 1, y la disposición transitoria novena, referidas ambas a la estabilización de empleo temporal.

La disposición adicional trigésima séptima, apartado 1, es del siguiente tenor:

> 1. Conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, adicionalmente, los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal incorporarán, en su convocatoria excepcional regulada en la disposición adicional sexta, aquellas plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas a fecha 30 de diciembre de 2021 de forma temporal por personal con una relación también temporal y anterior al 1 de enero de 2016, aunque estas hubieran sido ofertadas y convocadas con anterioridad a la entrada en vigor de la referida ley en virtud de las leyes presupuestarias de 2017 y 2018, siempre que existiera dotación presupuestaria y no suponga incremento de efectivos dotados.
>
> La incorporación de estas plazas en las convocatorias de los procesos selectivos deberá producirse antes del 30 de julio de 2023 y su resolución deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

La disposición adicional sexta de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, prevé que las administraciones públicas convoquen, con carácter excepcional, conforme a lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1de enero de 2016.

Añade esta disposición que «estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma».

Conforme a la disposición adicional octava, «adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior a 1 de enero de 2016».

La norma estatal no condiciona estas convocatorias a la circunstancia de que la plaza objeto de la convocatoria esté o no ocupada con carácter temporal a fecha 30 de diciembre de 2021, por lo que no se alcanza a comprender las razones que han llevado al legislador autonómico a señalar esta fecha, ni su trascendencia y efectos en el proceso de estabilización.

El sindicato compareciente considera que mediante estas previsiones se van a ofertar mediante el sistema excepcional de concurso previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, plazas ya ofertadas, convocadas y asignadas tras la resolución del proceso extraordinario de estabilización, esto es, se van a cubrir dos veces las mismas plazas por el sistema extraordinario de concurso, lo que estima contrario a la norma estatal y al artículo 23.2 CE.

El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador delimitar el mismo y establecer los criterios que permitan el acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad (STC 10/1989, de 24 enero).

Señala el Tribunal Constitucional que:

> El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución (STC 193/1987, de 9 de diciembre) se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad. No corresponde a este Tribunal, como recuerda del Ministerio Fiscal, interferirse en ese margen de apreciación ni examinar la oportunidad de la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino solo comprobar si no se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los opositores o concursantes (STC 67/1989, de 18 de abril).

En el mismo sentido las SSTC 27/2012, de 1 de marzo, y 86/2016, de 28 de abril, entre otras muchas.

Conforme a consolidada jurisprudencia, el artículo 23.2, en relación con el 103.3 CE, contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso. La regla es que las convocatorias tienen que ser, con carácter general, abiertas o libres. Las convocatorias y concurso deben establecerse en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas (SSTC 50/1986, de 23 de abril y 18/1987, de 16 de febrero), siendo constitucionalmente inaceptable que «se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas» (STC 148/1986, de 25 de noviembre).

Ello significa que no es constitucionalmente aceptable la integración automática de determinados grupos en la función pública (SSTC 302/1993, de 21 de octubre), así como, en principio y salvo excepciones, las llamadas «pruebas restringidas» para el acceso a la función pública, esto es, las pruebas en las que no se garantiza la libre

concurrencia, lo que ocurre cuando únicamente pueden presentarse aspirantes que han desempeñado previamente puestos en régimen de interinidad (SSTC 126/2008, de 27 de octubre, 130/2009, de 1 de junio, 86/2016, de 28 de abril, entre otras muchas).

El Preámbulo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, se refiere a este concurso como «procedimiento excepcional» y contiene una detallada exposición de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos que ya ha quedado reflejada en este escrito. Así, señala que:

> Entre las condiciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, han de darse para que no quepa apreciar infracción alguna del principio de igualdad de acceso a cargos y empleos públicos del artículo 23.2 de la Constitución se encuentran, en primer lugar, que se trate de una situación excepcional; segunda, que solo se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional y tercero, que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal (STC 12/1999, de 11 de febrero de 1999).

La literalidad del precepto no lleva necesariamente al juicio de su inconstitucionalidad. Serán las normas, disposiciones y actos que dicten las administraciones competentes para el desarrollo de estos procesos de estabilización de empleo temporal, en aplicación de la habilitación legal que confiere la disposición adicional trigésimo séptima de la ley autonómica, en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, donde habrá de concretarse la previsión legal, de modo que quede garantizado el respeto al principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 23 de la Constitución, en relación con los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 de la Constitución. Si en aplicación de esta habilitación legal, la administración convocante del proceso selectivo estableciese medidas o hiciese convocatorias desconociendo las exigencias constitucionales, «los órganos judiciales habrían de conocer de esa extralimitación y en su caso si existiera vulneración de derechos fundamentales de algún ciudadano el asunto también podría ser conocido por este tribunal a través del oportuno recurso de amparo» (STC 27/1991, de 14 de febrero).

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía (BOJA n°112, de 14 de junio de 2023).