

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 14 de mayo de 2024, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía

(Boletín Oficial del Estado, núm. 34, 16 de febrero de 2024)

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 9 de mayo de 2024, Don [...], Presidente de [...] solicita del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58 del Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía, publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* (BOJA) número 34, correspondiente al día 16 de febrero de 2024, convalidado por Acuerdo recogido en la Resolución de 29 de febrero de 2024, publicada en el BOJA número 46, correspondiente al 6 de marzo de 2024.

SEGUNDO. Se cuestiona la constitucionalidad del apartado 1 del artículo 58 del referido Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, referido al ejercicio de la potestad sancionadora en la Administración de la Junta de Andalucía, que es del siguiente tenor:

Artículo 58. Competencias sancionadoras.

1. La incoación de los procedimientos sancionadores corresponderá al órgano directivo competente por razón de la materia donde se aporte la declaración responsable o comunicación, y la instrucción a la persona empleada pública designada a tal efecto.

Este precepto constituye desarrollo de la previsión contenida en el artículo 69.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre declaración responsable y comunicación, conforme al cual

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

TERCERO. El sindicato compareciente estima que este precepto, al permitir que la instrucción del expediente sancionador esté a cargo de una persona empleada pública y no exigir expresamente la condición de funcionario, abre la posibilidad de que la instrucción se lleve a cabo por personal laboral, lo que considera una clara usurpación de potestades públicas por parte de personal laboral, que refleja la pretensión de externalización de las funciones funcionariales. Sostiene que nunca el personal laboral puede ser instructor de un procedimiento sancionador y alega que este precepto incurre en incumplimiento de la Constitución (artículo 149.1.18) al vulnerar la legislación básica estatal, más concretamente el artículo 9.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Este precepto describe en su número 1 a los funcionarios de carrera como «quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente» y añade en su número 2 que:

En todo caso, 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.

Apoyan su pretensión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, fundamentalmente en relación con el ejercicio de funciones públicas desempeñado por agencias y otras entidades públicas institucionales de carácter instrumental, en algunos casos en el ámbito de la administración autonómica de Andalucía, han interpretado este precepto básico y han delimitado lo que constituye el ejercicio de potestades públicas, cuyo desempeño corresponde a funcionarios públicos, determinando incluida entre estas la potestad sancionadora y más concretamente la instrucción de los procedimientos sancionadores. Citan a estos efectos las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019, 19 de octubre de 2005, 26 de marzo de 2014, 14 de septiembre de 2020 y 7 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Esta institución viene manteniendo el criterio de que el ejercicio de la legitimación que ostenta para la 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.

SEGUNDO. Sin perjuicio de lo dicho en la consideración anterior, parece oportuno realizar una somera aproximación al fondo de la cuestión planteada por los comparecientes.

El Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por 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, define en el artículo 8 como empleados públicos a «quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales» y los clasifica en: a) funcionarios de carrera; b) funcionarios interinos; c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, d) personal eventual.

El artículo 9, bajo el epígrafe «Funcionarios de carrera» define en su apartado 1 a los funcionarios de carrera como «...quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente».

El apartado 2 de este mismo precepto establece que «En todo caso, 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».

Ha de hacerse notar que el artículo 9.2 del EBEP ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la jurisprudencia comunitaria en relación con el artículo 45 del Tratado Fundacional de la Unión Europea para delimitar los puestos de trabajo no afectados por el principio de libre circulación de trabajadores.

La literalidad del precepto y el énfasis que expresa el término «exclusivamente» no permite albergar dudas en cuanto a que solo los funcionarios públicos pueden desempeñar las funciones expresivas del ejercicio de potestades públicas, con exclusión de los empleados públicos que la misma ley no clasifica como funcionarios públicos. Por tanto, no cabe sino entender que el legislador estatal ha excluido en todo caso de la

participación en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, a quienes en el artículo 8 del EBEP no clasifica como funcionarios, esto es, ha excluido al personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y al personal eventual. Y esta exclusión lo es para la participación directa o indirecta en el ejercicio de tales potestades.

Tampoco cabe duda del carácter básico de este precepto y de su aplicación a la totalidad de las Administraciones Públicas, y específicamente a todas las Comunidades Autónomas, como recoge expresamente la Disposición final segunda de la ley.

El artículo 9.2 enuncia dos conceptos jurídicos indeterminados (potestades públicas y salvaguardia de los intereses generales del Estado), a los que se asocia el ejercicio de unas funciones. No obstante, el EBEP no enuncia estas funciones con carácter básico, y difiere su desarrollo al legislador estatal o autonómico.

A partir de esta previsión legal, la aproximación a una correcta interpretación del precepto requerirá delimitar el alcance de lo que son potestades públicas, concretar las funciones que constituyen el ejercicio de tales potestades y determinar el margen de desarrollo del que disponen los legisladores estatal y autonómico para determinar las funciones que en atención a esta normativa básica deben ser desempeñadas por personal funcionario.

TERCERO. La Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, en el ejercicio de sus competencias de desarrollo del artículo 9.2 del EBEP, incluye en su artículo 15 la identificación de las actuaciones administrativas que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, a cuyo efecto se determinan las que serán desempeñadas exclusivamente por personal funcionario. Como señala en su exposición de motivos, delimita las funciones que se reservan al personal funcionario público las que puede realizar el personal laboral, para lo cual:

Se parte de las determinaciones establecidas en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que reúne a sus leyes de desarrollo la concreción de lo que se entienda por «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».

Añade en la exposición de motivos que:

En la presente ley se opta por interpretar esa previsión de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la reserva de puestos a las personas nacionales de los Estados miembros, considerando que se trata de las actuaciones administrativas obligatorias para las personas destinatarias de las mismas, que permitan exigir su acatamiento en caso de incumplimiento.

Cabe apuntar que esta interpretación puede resultar menos estricta que la mantenida por el Tribunal Supremo en la interpretación del alcance de lo que son ejercicio de potestades públicas reservadas a funcionarios ex artículo 9.2 EBEP.

CUARTO. El inciso del artículo 58 del Decreto-ley 3/2024, de 16 de febrero, que permite atribuir la instrucción de los procedimientos sancionadores incoados con motivo de inexactitud o falsedad de declaración responsable «...a la persona empleada pública designada a tal efecto» debe interpretarse conjuntamente con el resto del ordenamiento jurídico, más específicamente con el artículo 15 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía.

El referido artículo enuncia en su número 2 una serie de funciones que necesariamente deben ser desempeñadas por personal funcionario, algunas de las cuales se desempeñan en el ejercicio de competencias sancionadoras, y en las entidades instrumentales reserva específicamente a personal funcionario las funciones de persona responsable o instructora y la elevación de propuesta de resolución en los procedimientos que den lugar a actos desfavorables o de gravamen.

Este mismo precepto dispone que los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía serán desempeñados con carácter general por personal funcionario público (15.3) y expresamente limita el personal laboral a los puestos con 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 el mismo artículo, se encuentran reservadas al personal funcionario (15.4), lo que, *sensu contrario*, excluye al personal laboral del desempeño de funciones que impliquen ejercicio de potestades públicas.

En este marco jurídico, sin perjuicio de considerar que en aras de una mayor seguridad jurídica la redacción del precepto es manifiestamente mejorable, no hay duda acerca de que el precepto permite en su aplicación que sean funcionarios públicos quienes ejerzan las competencias inherentes a la instrucción de estos procedimientos sancionadores y no cabe apreciar que el legislador haya establecido en este punto una excepción a la regulación de la delimitación de las funciones que se reservan al personal funcionario público por constituir ejercicio de potestades públicas y las que puede realizar el personal laboral que con carácter general establece la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía, en desarrollo legislativo en esta comunidad autónoma del artículo 9.2 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

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.

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 el Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía (BOJA número 34, del día 16 de febrero de 2024).