

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

14337 *Pleno. Sentencia 236/2015, de 19 de noviembre de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 2733-2011. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados respecto de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. Principios de seguridad jurídica y de legalidad de la Administración, derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas; competencias sobre función pública: constitucionalidad de los preceptos legales que establecen el régimen de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2733-2011, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. Han intervenido la Junta de Andalucía y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 11 de mayo de 2011, don Arturo García-Tizón López, comisionado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía.

2. En el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, una vez indicada la concurrencia de los requisitos formales relativos al planteamiento en plazo del recurso y a la legitimación de los recurrentes, se precisa que el recurso se interpone contra la Ley 1/2011 en su totalidad, por el vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza (art. 133.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía: EAAAnd), y en particular contra los arts. 1.1, 1.2.9, 1.2.10, 1.2.12, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24, las disposiciones adicionales cuarta y sexta y la disposición derogatoria única, por considerarlos contrarios a los arts. 9.3, 14, 23.2, 53.1, 103.1 y 3 y 149.1.18 CE y 33.1, 76.1 y 2 y 133.2 EAAAnd. A continuación se exponen sucintamente los motivos de impugnación.

a) Los Diputados recurrentes señalan en primer lugar que la Ley impugnada vulnera el art. 133.2 EAAAnd, que prescribe que «la Administración de la Junta de Andalucía desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos», por cuanto que la finalidad real de la Ley 1/2011 sería realizar los cambios normativos oportunos para poder desarrollar la gestión ordinaria de las actividades

administrativas desde una «Administración paralela»: primero, mediante la creación de ocho «macroagencias» –que se corresponden desde un punto de vista material con otras tantas Consejerías de la Administración autonómica andaluza–; segundo, mediante la atribución a las mismas de potestades públicas o administrativas; y tercero, mediante un trasvase masivo de personal desde los servicios centrales y periféricos hasta esas entidades instrumentales, a través de una integración sólo nominalmente voluntaria y a través de una adscripción funcional forzosa. Para los recurrentes, se pretende instaurar de manera genérica un modelo de gestión administrativa que aproveche las ventajas del sometimiento al Derecho privado propio de las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas (especialmente en lo que se refiere al régimen de contratación y despido de su personal) y los beneficios de las potestades y prerrogativas del Derecho público. Ese objetivo y el modelo administrativo resultante chocan radicalmente con la concepción estatutaria de lo que debe ser la Administración de la Junta de Andalucía.

Los recurrentes consideran que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 1/2011 debe traer como consecuencia la restauración de la legalidad vigente con anterioridad, no ya a la impugnada Ley 1/2011, sino al Decreto-ley 5/2010, pues la Ley 1/2011 trae causa del Decreto-ley 6/2010 y éste a su vez es reproducción integral del Decreto-ley 5/2010.

b) Los recurrentes alegan, en segundo lugar, que el art. 1.1 de la Ley impugnada contiene una prelación de principios de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía que resulta contraria al art. 133.1 EAAnd. Subrayan que el art. 1.1 no limita su alcance a un único acto legislativo, sino a toda «la reordenación o reestructuración, presente o futura, del Sector Público de Andalucía». En suma, toda la actuación de la Administración andaluza dirigida a la reordenación del sector público habrá de llevarse a cabo supeditando unos principios a otros en contravención del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

c) En tercer lugar, los Diputados recurrentes argumentan que las modificaciones que el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 introduce en el art. 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía afectan al carácter básico de las funciones reservadas a los funcionarios ex art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP).

La modificación de la de la Ley 9/2007 por la Ley 1/2011 persigue, según los recurrentes, encomendar potestades públicas a entes instrumentales, cuyo personal estará sometido íntegramente al Derecho laboral, para que, bajo su dirección, se ejerzan todo tipo de «funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas», bien a través del personal propio de la entidad instrumental, bien a través de funcionarios pertenecientes a la Consejería, pero residenciando el control del ejercicio de la potestad pública en la entidad instrumental.

Los recurrentes señalan que la habilitación contenida en el art. 9.2 LEEP implica que las leyes autonómicas de desarrollo pueden regular en qué términos, de qué forma, les corresponde a los funcionarios ejercitar las funciones que tienen reservadas, siempre que sea de manera compatible con su efectivo ejercicio, pero no qué funciones les corresponde ejercitar en exclusiva, pues éstas han de ser siempre las que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales: éstas en exclusiva, pero no exclusivamente éstas (STC 99/1987, FJ 3). Y debe entenderse que la ley a la que hace referencia el art. 9.2 LEEP no es la Ley reguladora de la Administración autonómica, sino la ley reguladora de la función pública autonómica: esto es, en Andalucía la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía.

Los recurrentes consideran que son dos los elementos a tener en cuenta a la hora de analizar la constitucionalidad del art. 1.2.9 de la Ley 1/2011: de un lado, si el ejercicio de las potestades públicas quedan en el ámbito de la Administración, en los términos que prevé la Ley 30/1992; de otro, si el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de tales potestades queda realmente reservado en exclusiva a los funcionarios con el modelo administrativo resultante.

Los recurrentes argumentan que, con arreglo a los arts. 2.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC) y 9.2 LEEP, solo aquellas entidades de derecho público que cuenten con personal funcionario podrán tener atribuidas potestades administrativas, porque de lo contrario resultará imposible sujetar su actuación a la Ley 30/1992 con todas las garantías que conlleva para los administrados (art. 103.3 CE) y porque cualquiera de las funciones conducentes al ejercicio de dichas potestades habrán de ser ejercidas exclusivamente por funcionarios públicos, por más que las restantes actividades de la entidad no relacionadas con el ejercicio de dichas potestades puedan corresponder a personal contratado de derecho privado. En todo caso, el ámbito reservado a funcionarios públicos no puede quedar reducido a la decisión final plasmada en un acto administrativo, pues lo que la Ley del estatuto básico del empleado público reserva a los funcionarios no son las potestades en sí mismas (por ejemplo, la imposición de una sanción) sino las funciones que implican la participación en el ejercicio de dichas potestades, es decir, el control de todo el proceso. Pues bien, el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 da una nueva redacción al art. 69.1 de la Ley 9/2007, que habilita para atribuir potestades administrativas a agencias públicas empresariales cuyo personal se regirá por el derecho privado: ello contradice la citada normativa básica. La distinción que efectúan el párrafo primero y el párrafo segundo del citado art. 69.1 de la Ley 9/2007 entre agencias públicas empresariales que se rigen por el Derecho privado y agencias públicas empresariales que se rigen por el derecho público no es más que nominal. La única diferencia parece estribar en que para el segundo tipo de agencias públicas empresariales el régimen jurídico de aplicación al margen de las cuestiones citadas queda en la más absoluta indeterminación, lo que resulta contrario al art. 9.3 CE, por cuanto que parece possibilitarse que el régimen jurídico aplicable se determine *ad casum* según la conveniencia de la agencia. En consecuencia, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del inciso «y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas» contenido tanto en el párrafo primero como en el párrafo segundo de la redacción dada al art. 69.1 de la Ley 9/2007 por el art. 1.2.9, por contravenir los arts. 2.2 LPC y 9.2 LEEP y, en consecuencia, el art. 149.1.18 CE, dado que determina por exclusión que el personal de las agencias se rija por el Derecho privado. Por la misma razón se solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 1.2.10, en la redacción que da al art. 70.1 de la Ley 9/2007.

Los recurrentes aducen que la solución ideada por el legislador autonómico de recurrir a funcionarios adscritos tampoco resulta válida, porque supone un fraude al art. 133.2 EAAnd que aboga por una gestión de lo público desde la Administración general de la Junta de Andalucía y no desde la Administración institucional (art. 52.2 de la Ley 9/2007).

Igualmente deben considerarse inconstitucionales la redacción del art. 69.2 de la Ley 9/2007, al menos en su primer inciso, por cuanto parte de un planteamiento contrario a la normativa básica estatal para regular simplemente las condiciones en que habrá de llevarse a cabo, así como la redacción dada al art. 69.3 de la Ley 9/2007, pues la posibilidad allí configurada no se ajusta al art. 9.2 LEEP, por mucho que la disposición adicional sexta de la Ley 1/2011 reitere el contenido del art. 9.2 LEEP.

En definitiva, los tres apartados que conforman el art. 69 de la Ley 9/2007, en la redacción dada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, resultan inconstitucionales por vulnerar los arts. 9.3 y 149.1.18 CE y 76.1 y 2 EAAnd.

d) En cuarto lugar, los recurrentes argumentan que la Ley impugnada afecta al carácter básico de las condiciones de movilidad de los funcionarios.

La inamovilidad del funcionario de carrera (calificada como «conquista histórica» por la STC 81/1983, FJ 2) ha sido garantizada por los arts. 1.3 e) y 14 a) LEEP. Esta garantía enlaza con el derecho a ejercer el cargo público al que se ha accedido en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Junto a ello, se reconoce un derecho del funcionario a la movilidad, al cambio en el punto de trabajo, concebido como una movilidad voluntaria (art. 81.1 LEEP) y muy excepcionalmente como una movilidad forzosa (art. 81.2 LEEP), sin pérdida de la condición de funcionario de carrera.

Frente a ello, la redacción que da el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 al art. 69.3 de la Ley 9/2007 instaura un régimen de dependencia funcional que implica para funcionarios de carrera una movilidad forzosa del puesto de trabajo, pues bajo la apariencia de mantenimiento en el mismo puesto de trabajo del que se sigue dependiendo orgánicamente existe en realidad un traslado encubierto en el que sus condiciones laborales se podrán cambiar a través del decreto que apruebe los estatutos de cada agencia, sin respetar las condiciones que se tuvieran en el puesto de origen ni los demás derechos que les reconoce el art. 81.2 LEEP.

Para el caso de que se entendiera que, en virtud de lo señalado en la disposición final cuarta LEEP, el art. 81.2 LEEP no está aún vigente en Andalucía, al no haberse procedido a la aprobación de una nueva Ley de función pública, los recurrentes sostienen que habría que acudir a los arts. 27 y 30 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía. La adscripción forzosa del art. 69.3 de la Ley 9/2007 no encuentra tampoco apoyo en ninguno de los supuestos previstos en el art. 27 de la Ley 6/1985. La competencia que conforme al art. 76 EAAnd ostenta la Comunidad Autónoma en materia de función pública no puede ir contra lo previsto en la LEEP, con el argumento de que el art. 81 no estaría en vigor en dicha Comunidad Autónoma, pues constituye un límite a la legislación autonómica.

e) En quinto lugar, los recurrentes sostienen que, en cuanto al estatuto del personal de las agencias, la Ley impugnada obvia la preferencia constitucional por el régimen funcional por cuanto introduce modelos basados en el régimen de derecho privado para su personal. La preferencia constitucional por el régimen funcional se fundamenta en el art. 103.3 CE, se recoge en la STC 99/1987, FJ 3, y se regula en el art. 15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Tanto el art. 2 LPC como el art. 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público ilustran la interpretación que da el legislador estatal básico al concepto de administración pública.

Por todo ello, los recurrentes deducen que todas las agencias previstas en la normativa autonómica habrían de sujetar su régimen de personal a lo dispuesto en el art. 15.1 c) de la Ley 30/1984 y optar por un modelo preferente funcional de acuerdo con lo expresado en la STC 99/1987 y con lo dispuesto en los arts. 103.3 y 149.1.18 CE. Sin embargo, la redacción que da tanto el art. 1.2.10 de la Ley 1/2011 al art. 70.1 de la Ley 9/2007 como el art. 1.2.12 al art. 74.1 de la Ley 9/2007 disponen un régimen de Derecho privado para su personal y un régimen mixto no preponderante para los funcionarios, respectivamente.

f) En sexto lugar, los recurrentes imputan a la disposición adicional cuarta y a los preceptos que son concordantes con ella (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24) la lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 23.2 CE, por no determinar el régimen de integración del personal que se ve afectado por la reordenación del sector público andaluz. Se subraya que quedarán integrados en las mismas entidades instrumentales personal procedente, por ejemplo, de las agencias administrativas del art. 65 de la Ley 9/2007 (es decir, entidades públicas que se rigen por el Derecho administrativo) y personal procedente de sociedad mercantiles participadas por la Junta de Andalucía del art. 75 de la Ley 9/2007. Con esta integración se logra el acceso directo al empleo en entidades instrumentales públicas –consideradas Administración pública– de personal perteneciente a empresas participadas por la Junta de Andalucía cuyo personal siempre ha sido contratado de acuerdo con el derecho privado. Este acceso directo se produce mediante la técnica de la sucesión de empresas [letra b) de la disposición adicional cuarta]. Por tanto, los recurrentes consideran que se vulnera el acceso «en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas» que forma parte del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 23.2 CE y del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE.

Por otro lado, los recurrentes excluyen el componente de voluntariedad en el personal funcionario que opta por integrarse en la agencia pública empresarial en la letra a) de la disposición adicional cuarta, pues una vez que todas sus tareas y potestades hayan sido

externalizadas les será de aplicación lo previsto en el art. 69 de la Ley 9/2007. Cuando menos, la integración de funcionarios en las agencias de régimen especial (arts. 8 y 11 de la Ley 1/2011) es forzosa y, como tal, contraria al art. 23.2 CE, al art. 81 LEEP –en consecuencia, al art. 149.1.18 CE– y a la inamovilidad relativa que deriva del art. 103.3 CE.

Los recurrentes también alegan que las ventajas que la disposición adicional cuarta concede a quienes voluntariamente se integren en las nuevas agencias suponen asimismo una vulneración de las condiciones de igualdad en las que debe desarrollarse el ejercicio de las funciones y cargos públicos, puesto que en ningún caso se conceden a otros funcionarios que se encuentran en idéntica situación. Y lo mismo ocurre con las ventajas concedidas al personal laboral de la Administración general de la Junta de Andalucía afectado por la reordenación y que, sin embargo, no se reconocen a quienes en anteriores o futuras ocasiones hayan decidido o decidieran integrarse voluntariamente en una agencia pública empresarial, estableciendo una diferencia de trato que no es constitucionalmente admisible conforme a los arts. 14 y 23.2 CE. Todo ello, alegan los recurrentes, para que las integraciones voluntarias se produzcan masivamente.

También podría existir un trato no igualitario por cuanto a los que permanecen en sus puestos por no verse afectados por la integración se les va a seguir aplicando el mismo convenio colectivo vigente, mientras que a quienes se integran en las agencias públicas empresariales solo les resultará aplicable en tanto no se apruebe uno nuevo. En cambio, no sucede lo mismo cuando la integración se produce en agencias de régimen especial, pues en ese caso seguirá aplicándoseles el convenio colectivo de personal laboral de la Administración.

Por último, se alega que la letra f) de la disposición adicional cuarta provocará en el futuro una desigualdad, por producir una homogeneización de salarios que obligará a reducir los más elevados del personal laboral que resulte integrado, mientras que no lo será el del personal laboral que accedió al empleo público de la misma forma y que ejerce las mismas funciones pero que no se ve afectado por la reordenación.

g) Finalmente, los recurrentes alegan que la disposición derogatoria única, como consecuencia de su redacción y de su relación con la disposición adicional sexta, produce la derogación expresa de la normativa básica, en concreto el art. 9.2 LEEP, en cuanto que se trata de un precepto contenido en otra norma y cuyo tenor se reproduce en la Ley 1/2011. Y si el tenor de la disposición adicional sexta no fuera el mismo que el art. 9.2 LEEP, habría que declarar su inconstitucionalidad a la vista de la jurisprudencia constitucional (SSTC 154/1989, 61/1991, 61/1993 y 62/1993).

3. Por providencia de 7 de junio de 2011 el Pleno de este Tribunal, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite el recurso y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, así como a la Junta de Andalucía y al Parlamento de Andalucía, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular alegaciones. Asimismo se acordó publicar la incoación del procedimiento en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía», lo que se produjo en el primero el día 16 de junio de 2011.

4. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 17 de junio de 2011, se personó en el recurso en nombre del Gobierno, y solicitó una prórroga del plazo otorgado para formalizar el escrito de alegaciones, habida cuenta del número de asuntos que pendían ante la Abogacía del Estado.

Por providencia de 21 de junio de 2011, el Pleno acordó incorporar a las actuaciones el escrito del Abogado del Estado, tenerle por personado en la representación que ostenta y otorgarle una prórroga de ocho días respecto al plazo concedido por providencia de 7 de junio de 2011, a contar desde el siguiente al de expiración del ordinario.

5. Por escrito registrado el 22 de junio de 2011, el Presidente del Senado notificó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y de ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Por escrito registrado el mismo día, el Presidente del Congreso de los Diputados notificó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento, de ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC y de remitir la documentación a la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones y a la asesoría jurídica de la Secretaría General.

6. Por escrito registrado el 24 de junio de 2011 el Letrado del Parlamento de Andalucía, en la representación que ostenta, solicitó que se tuviera por personado al Parlamento de Andalucía, de conformidad con el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada el día 22 de junio de 2011, de personarse en el proceso y formular alegaciones, y que se le otorgara prórroga del plazo para formular alegaciones en el mismo.

Por providencia de 27 de junio de 2011, el Pleno acordó incorporar a las actuaciones el escrito del Letrado del Parlamento de Andalucía, tenerle por personado en la representación que ostenta y otorgarle una prórroga de ocho días respecto al plazo concedido por providencia de 7 de junio de 2011, a contar desde el siguiente al de expiración del ordinario.

7. Por escrito registrado el 27 de junio de 2011 la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta, solicitó que se tuviera por personada y se admitiera su escrito, y se le otorgara ampliación del plazo para formular alegaciones en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Por providencia de 28 de junio de 2011, el Pleno acordó incorporar a las actuaciones el escrito de la Letrada de la Junta de Andalucía, tenerle por personada en la representación que ostenta y otorgarle una prórroga de ocho días respecto al plazo concedido por providencia de 7 de junio de 2011, a contar desde el siguiente al de expiración del ordinario.

8. Por escrito registrado el 8 de julio de 2011, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, manifestó su intención de no formular alegaciones, si bien se persona por medio de dicho escrito a los efectos de que en su día se le notifiquen las resoluciones que en él se dicten.

9. El 13 de julio de 2011 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones de la Letrada de la Junta de Andalucía.

a) El escrito comienza oponiéndose al primer motivo de impugnación –el vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos–, que considera que requería un mínimo esfuerzo argumentativo. Se alega que las nuevas ocho agencias son el resultado de la transformación y extinción de entidades instrumentales preexistentes. Rechaza que se critique la atribución de potestades administrativas a las agencias públicas empresariales y especiales, pues por definición tal asunción forma parte de la propia esencia de esta tipología de entes públicos. Lo contradictorio, se alega, sería crear tales entes y no atribuirles funciones y potestades administrativas. También se rechaza la interpretación del precepto estatutario que se considera infringido –art. 133.2 EAAnd–: primero, porque las entidades instrumentales no forman parte de las Administraciones matrices de las que dependen, al tener personalidad jurídica separada e independiente; segundo, porque la preferencia por la gestión directa no excluye la gestión indirecta ni que la gestión ordinaria directa pueda realizarse a través de entes instrumentales; y tercero, porque supone negar las competencias propias de autoorganización de la Junta de Andalucía (art. 47.1.1 EAAnd).

b) La Letrada de la Junta rechaza el segundo motivo, esgrimido contra el art. 1.1 de la Ley impugnada y relativo a la prelación de los principios de actuación, por manifiesta falta de idoneidad técnica, al extraerse conclusiones que no se deducen de una interpretación del precepto legal ajustada al art. 3 del Código civil (CC).

c) La Letrada de la Junta señala que el propio escrito de los recurrentes desecha parte del tercer motivo, relativo a la vulneración del art. 9.2 LEEP, pues se acepta que conforme al art. 2.2 LPC «podría mantenerse» que, además de las Administraciones públicas, las entidades de derecho público también pueden ejercer potestades administrativas. En cuanto a la segunda parte del motivo, se alega que, si bien es pacífico que el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de tales potestades queda reservado en exclusiva a los funcionarios conforme al art. 9.2 LEEP, los recurrentes dan un salto cualitativo al afirmar que «solo aquellas entidades de derecho público que cuenten con personal funcionario podrán tener atribuidas potestades administrativas» y al considerar que «contar con» equivale necesariamente a la dependencia orgánica del funcionario de la agencia o entidad en cuestión. La Letrada considera que el escrito de impugnación no aporta las razones para concluir que esa sea la única fórmula jurídica válida. También se rechaza, por falta de justificación, la alegada inconstitucionalidad de la modificación del art. 69.2 de la Ley 9/2007 operada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, que además se basa en un presupuesto erróneo. En cuanto a la pretensión de inconstitucionalidad del art. 69.3 de la Ley 9/2007, que se desglosa en dos elementos, se rechaza el primero por basarse en una interpretación asistemática del precepto y el segundo porque no es contrario a la Ley del estatuto básico del empleado público que la legislación autonómica de desarrollo determine qué funciones deben corresponder exclusivamente al personal funcionario.

d) La Letrada de la Junta realiza diversas consideraciones respecto a la vulneración de las condiciones básicas de la movilidad de los funcionarios: la primera es que no es jurídicamente admisible confundir los conceptos de inamovilidad funcional con el de promoción profesional; la segunda, que la inamovilidad no se aplica a la permanencia en un puesto de trabajo determinado, pues el llamado derecho al cargo es un derecho relativo, condicionado a lo que en cada caso dispongan las leyes, en atención no solo a la estabilidad en el empleo y la promoción profesional, sino también a las necesidades del servicio y a los procesos de reorganización administrativa.

La Letrada señala que los recurrentes no explican de dónde viene la idea de traslados forzados que abrogan los procedimientos de promoción profesional establecidos en la Ley del estatuto básico del empleado público, cuando precisamente el art. 69.3 de la Ley 9/2007 remite a las relaciones de puestos de trabajo que se configuren en el futuro y a los decretos por los que se aprueben los estatutos de las agencias, pero sin que en ningún momento se imponga en la norma desde este momento movilidad forzosa alguna y sin que tampoco se prevea ningún procedimiento de traslados.

e) En cuanto a la vulneración de la preferencia constitucional por el régimen funcional, la Letrada de la Junta señala que el art. 15 de la Ley 30/1984 no constituye legislación básica y, por lo tanto, no forma parte del bloque de constitucionalidad, y que una cosa es la preferencia «con carácter general» por el modelo funcional expresada en la STC 99/1987, de 11 de junio, y otra que el Tribunal Constitucional considere ilegítima la contratación de empleados públicos con sujeción al derecho laboral. Además, se señala que la determinación legal de las funciones reservadas a funcionarios fue flexibilizada por el Tribunal Constitucional en la STC 37/2002, FJ 6, en relación con el art. 92.2 de la Ley reguladora de las bases de régimen local.

f) En relación con la impugnación del régimen de integración contrario al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, la Letrada de la Junta señala que, de acuerdo con la doctrina constitucional, el art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y, por tanto, no es necesaria la invocación del art. 14 CE (SSTC 24/1989, de 2 de febrero, FJ 2; 154/2003, de 17 de julio, FJ 5, y 192/2007, de 10 de septiembre). Por lo que respecta al contenido esencial del art. 23.2 CE, se reproduce la doctrina de la STC 30/2008, de 25 de febrero.

La Letrada destaca que en el presente supuesto se pretende una reorganización administrativa, que afecta al personal al servicio del sector público, pero no en su acceso al empleo público, y que en modo alguno se cuestiona que la Junta de Andalucía, en virtud de sus potestades de auto-organización, pueda reorganizar su administración institucional

y reducir el número de sus entes. Lo que se discute son las consecuencias en el ámbito del empleo público: es aquí donde comienza la confusión de términos. Así, no es lo mismo acceso al empleo público que modificación del régimen de prestación de la relación de servicio por los empleados públicos, que no pierden su condición por el hecho de que haya una reordenación administrativa. Cuestión distinta es la de quienes sin tener la condición de empleados públicos, en virtud de un fenómeno de sucesión empresarial ex art. 44 de la Ley del estatuto de los trabajadores, pasan a prestar sus servicios en otra empresa distinta: este grupo de trabajadores no adquiere por ello la condición de empleados públicos conforme a los principios de mérito y capacidad. Por ello, las nuevas agencias reúnen empleados públicos sujetos la Ley del estatuto básico del empleado público (ya sean funcionarios o laborales) y empleados privados sometidos a la Ley del estatuto de los trabajadores. En definitiva, no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los supuestos objeto de comparación, ni se pretende el acceso de personal privado de forma encubierta a la condición de empleado público.

Por otra parte, se descarta el argumento de que no hay voluntariedad en la integración del personal funcionario y del peligro de desdotación de la plaza abandonada por el funcionario que opta por ingresar en la agencia: porque la condición de funcionario solo se pierde por las causas previstas en la Ley (en el art. 63 LEEP); porque, que el funcionario decida pasar a excedencia voluntaria, por optar por incorporarse en virtud de contrato laboral a una agencia, constituye un derecho del funcionario, que además no implica pérdida de la condición funcional; y porque el llamado «peligro» de desdotación de plaza no es más que el ejercicio de las facultades de autoorganización de la Administración, lo que puede ocurrir incluso cuando el funcionario se encuentra en servicio activo.

En cuanto a la discriminación en las condiciones del personal que se integra en las agencias de régimen especial respecto del que se integra en las agencias empresariales, la Letrada de la Junta señala que los términos de comparación que se ofrecen no son adecuados, pues la diferencia de trato obedece al tipo de agencia en el que se integran y su diferente régimen jurídico, de mayor intensidad pública en las agencias de régimen especial.

g) Finalmente, la Letrada de la Junta rechaza la impugnación de la disposición derogatoria única pues descarta la voluntad del legislador autonómico de derogar el art. 9.2 LEEP, al que la propia Ley 1/2011 se remite en dos ocasiones (artículo 1.9, que modifica el artículo 69.3, y la disposición adicional sexta); además, no entiende cómo una norma autonómica de desarrollo podría derogar una norma básica, cuando las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos no se rigen por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia.

10. El 26 de julio de 2011 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones del Letrado del Parlamento de Andalucía.

a) El escrito comienza solicitando que se declare la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad por falta de legitimación para su interposición, con la única excepción de la impugnación de la Ley 1/2011 en su totalidad que se realiza por el motivo referido al vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza.

El Letrado del Parlamento recuerda que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional es preciso, también en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por diputados, que en el «previo acuerdo adoptado al efecto» por estos se identifiquen con claridad y precisión los preceptos de la ley o disposición con rango de ley que se pretenden recurrir por ser considerados inconstitucionales, sin que resulte posible que la determinación de tales preceptos se delegue en su representante procesal, en este caso el Comisionado. Y se remite a las SSTC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2, y 61/1997, de 20 de marzo, FJ 4, para conocer la doctrina constitucional sobre el contenido necesario del «previo acuerdo adoptado al efecto» al que se refiere expresamente el art. 32.2 LOTC.

El Letrado del Parlamento sostiene que, en el presente caso, los preceptos de la Ley a recurrir no han sido identificados por los sujetos legitimados para interponer el presente

recurso, los diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, sino por su comisionado, quien carece de toda legitimación para decidir sobre tales elementos o aspectos esenciales del acuerdo de interposición. Los diputados que figuran como recurrentes no determinaron ni identificaron, en forma alguna, los concretos preceptos de la Ley 1/2011 que consideraban inconstitucionales y que, en consecuencia, debían ser objeto del presente recurso de inconstitucionalidad.

En los documentos acreditativos de la concurrencia de voluntades para impugnar se incluye un escrito firmado por los diputados que figuran como recurrentes, fechado el día 11 de mayo de 2011, en el que se hace constar que «los diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso abajo firmantes, de manera conjunta ratifican su voluntad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, publicada en el 'Boletín Oficial de la Junta de Andalucía' de 21 de febrero de 2011 y contra los preceptos de la misma que más adelante se determinarán, apoderando a dicho efecto como Comisionado a D. Arturo García-Tizón López». Asimismo se incluye una certificación del Secretario General del Grupo Popular en el Congreso con fecha de 11 de mayo de 2011 en el que se señala que «la declaración de voluntad y apoderamiento al efecto para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, contra la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, publicada en el 'Boletín Oficial de la Junta de Andalucía' de 21 de febrero de 2011 y contra los preceptos de la misma que más adelante se determinarán, ha sido suscrita ante mí con esta fecha». El Letrado del Parlamento de Andalucía alega que con la expresión «contra los preceptos de la misma que más adelante se determinarán», por un lado, los diputados estaban reconociendo que no era su voluntad interponer el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2011, salvo en relación con aquel motivo o aquellos motivos de inconstitucionalidad que pudieran afectar a la Ley 1/2011 en su conjunto y, por otro, estaban pretendiendo delegar en el Comisionado que nombraban la determinación de esos otros concretos preceptos de la Ley 1/2011 que iban a ser impugnados en el recurso de inconstitucionalidad. Ese Comisionado, en efecto, en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, suscrito solo por él y que es posterior al acuerdo de los referidos diputados, procede a determinar e identificar, por sí solo, los concretos preceptos de la Ley 1/2011 frente a los que se interpone el recurso de inconstitucionalidad, por considerarlos inconstitucionales. Y, lógicamente, *sensu contrario*, determina los preceptos de la Ley 1/2011 que, a su juicio, no son inconstitucionales.

Para el Letrado del Parlamento, la única interpretación posible es que la intención de los Diputados recurrentes era que se recurriera, por un lado, la Ley 1/2011 en su conjunto y, por otro, algunos preceptos de la misma, que no se determinan ni identifican. Esto es, que consideraban que existían determinados motivos de inconstitucionalidad que afectaban precisamente a la totalidad de los preceptos de la Ley 1/2011 y que determinados preceptos de la misma, que no determinaban ni identificaban, estaban incurridos en otros motivos de inconstitucionalidad distintos y que solo provocarían, cada uno de ellos –caso de haber más de uno de ellos–, la inconstitucionalidad de algunos o de todos esos preceptos de la Ley 1/2011, pero no la de la totalidad de la Ley 1/2011.

Por todo ello, el Letrado del Parlamento señala que las alegaciones que efectúa a continuación en relación con los motivos de inconstitucionalidad relativos a los concretos preceptos de la Ley 1/2011 que se invocan en el recurso de inconstitucionalidad son a título subsidiario, para el caso de que el Tribunal Constitucional no aprecie la causa de inadmisibilidad expuesta.

b) El Letrado del Parlamento señala que el recurso no fundamenta suficientemente las razones que conducirían a la inconstitucionalidad de los arts. 3 a 12 y 18 a 24 de la Ley 1/2011. La única referencia se contiene en el sexto de los motivos de inconstitucionalidad que plantean los recurrentes, que se dirige contra la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 por supuesta vulneración del principio o derecho de igualdad. La pretendida inconstitucionalidad de los referidos preceptos se basaría en la inconstitucionalidad del régimen de integración del personal como consecuencia de la reordenación llevada a cabo por la Ley 1/2011 y en la medida en que dichos artículos son

concordantes entre sí y con lo previsto en la disposición adicional cuarta. El Letrado sostiene que no se ha intentado fundamentar su irregularidad constitucional. Si se declarara inconstitucional la disposición adicional cuarta, la efectiva implantación de la reordenación de las entidades instrumentales no podría llevarse a cabo de acuerdo con las específicas previsiones de dicha disposición adicional cuarta; pero ello no impediría que continuara vigente el régimen de reordenación diseñado por la Ley 1/2011, ni impediría que se adoptaran las medidas precisas para resolver la situación planteada en relación con el personal afectado y, en su caso, en relación con su integración en las nuevas entidades instrumentales.

En consecuencia, siguiendo reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 19), solicita que se tengan por no recurridos los arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de la Ley 1/2011.

c) Cifándose al orden y numeración de los motivos de impugnación en el escrito de interposición, el Letrado del Parlamento comienza analizando el primero, que afecta a la totalidad de la Ley 1/2011 y que consiste en el vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza.

El Letrado del Parlamento de Andalucía considera que se trata de una impugnación indiscriminada e indiferenciada, pues ese motivo de inconstitucionalidad determinaría la nulidad e inconstitucionalidad de todos y cada uno de los preceptos de la Ley 1/2011, esto es, de sus treinta y seis artículos, sus catorce disposiciones adicionales, su disposición transitoria, su disposición derogatoria y sus dos disposiciones finales. Sin embargo, un simple examen de los preceptos basta para comprobar que muchos de ellos nada tienen que ver con el supuesto vaciamiento de funciones, por ejemplo los preceptos que se limitan a disciplinar aspectos concretos del régimen jurídico de las entidades instrumentales o los que establecen «medidas para la dinamización del patrimonio agrario de Andalucía» (rúbrica de uno de los tres capítulos en los que se divide la Ley 1/2011 y que comprende los arts. 25 a 36), pues la Ley impugnada constituye una regulación de carácter general y abstracto que ofrece amparo a la nueva estructura organizativa del sector público andaluz.

El Letrado considera que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (se invocan las SSTC 118/1996, de 27 de junio, y 112/2006), no resulta posible la consideración y análisis del motivo de inconstitucionalidad. Por lo demás, señala que tampoco las afirmaciones que realizan los recurrentes para justificar el motivo de inconstitucionalidad satisfacen la carga de la necesaria fundamentación, pues se alega que el supuesto «vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza» se produce mediante tres instrumentos: la creación de ocho «macroagencias», la atribución a las mismas de potestades públicas o administrativas, y el trasvase masivo de personal hacia esas entidades instrumentales. Así pues, sería la suma de esos tres instrumentos lo que haría que la Ley 1/2011 fuera inconstitucional por el motivo indicado. Sin embargo, sostiene el Letrado, ninguno de los tres instrumentos, ni su suma, guarda conexión alguna, a la hora de determinar el supuesto vaciamiento de funciones, con los preceptos de la Ley 1/2011. Ningún esfuerzo argumental se desarrolla para establecer alguna suerte de conexión. Por todo ello, se estima que el Tribunal Constitucional debería declarar la imposibilidad de enjuiciar el presente motivo de inconstitucionalidad.

Seguidamente el Letrado del Parlamento ofrece diversas consideraciones, con carácter estrictamente subsidiario, para el caso de que ese Tribunal Constitucional no apreciara aquella imposibilidad de enjuiciamiento.

Según los recurrentes, el supuesto vaciamiento de funciones sería inconstitucional por vulnerar el art. 133.2 EAAAnd, que interpretan que se refiere al concepto estricto, desde una perspectiva subjetiva, de «Administración de la Junta de Andalucía», distinta de las demás entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, dotadas de personalidad jurídica pública, y de las entidades privadas creadas, participadas mayoritariamente o controladas por la Administración. En opinión de los recurrentes, a tenor del art. 133.2 EAAAnd las funciones públicas materialmente administrativas deberían ser desarrolladas en principio por la «Administración de la Junta de Andalucía *stricto sensu*», mientras que las

entidades instrumentales de esa Administración solo podrían actuar en supuestos en que concurrieran circunstancias extraordinarias, de manera que su gestión tendría que tener un carácter extraordinario.

Sin embargo, el Letrado del Parlamento alega, por una parte, que los recurrentes ocultan la existencia de otros preceptos estatutarios que privan de razón de ser a la referida interpretación y, por otra, que esa interpretación se aparta rotundamente de las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre el papel de las entidades instrumentales de la Administración pública en el sistema administrativo español y que son aplicables tanto a la Administración del Estado como a la de las Comunidades Autónomas (SSTC 14/1986, de 31 de enero, FJ 8; y 52/1994, de 24 de febrero, FJ 5; ATC 254/2006, de 4 de julio, FJ 4). En cuanto a lo primero, señala que, con arreglo a los arts. 133.3 y 158 EAAnd, los entes instrumentales son Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y pueden ejecutar las funciones propias de su competencia con plena normalidad y carácter ordinario, de modo que decae inmediatamente toda la argumentación de los recurrentes. El art. 133.2 EAAnd contiene una norma de organización interna de la «Administración de la Junta de Andalucía *stricto sensu*», pero ello no significa que pretenda establecer un sistema de relaciones entre esa Administración y sus entes instrumentales, ni quiere regular cuáles han de ser las funciones de la «Administración de la Junta de Andalucía *stricto sensu*». Aunque el contenido del art. 133.2 EAAnd es demasiado obvio en el momento actual de desarrollo de nuestro sistema administrativo y resulta quizá innecesario en un texto estatutario, mediante dicha norma el Estatuto de Autonomía de 2007 quiso corregir lo que prescribía el art. 4.4 del Estatuto de Autonomía de 1981, que obligaba a articular la gestión ordinaria de los servicios periféricos de la Comunidad Autónoma a través de las Diputaciones provinciales. En suma, el art. 133.2 EAAnd no tiene nada que ver con la regulación que aborda la Ley 1/2011.

El Letrado del Parlamento afirma que, incluso aunque se aceptara la interpretación que los recurrentes realizan del art. 133.2 EAAnd, ninguno de sus razonamientos permiten acreditar que la entidad de las funciones y actividades que se atribuyen a los entes instrumentales a que se refiere la Ley 1/2011 suponga, no ya un «vaciamiento de funciones» de la «Administración de la Junta de Andalucía *stricto sensu*», sino que ésta no continúa desarrollando el grueso de las funciones materialmente administrativas de la Junta de Andalucía. Tampoco analizan con detenimiento las funciones de las nuevas entidades instrumentales y el régimen jurídico al que se someten en su desarrollo cada una de ellas, que presentan sustanciales diferencias entre sí, todo lo cual sería exigible para demostrar que la Ley 1/2011 produce el efecto que se denuncia.

El Letrado del Parlamento recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el muy amplio margen de actuación con que cuentan las Administraciones públicas, en ejercicio de su potestad de organización, a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras (por todas, SSTC 57/1990, de 29 de marzo, FJ 2 *in fine*; y 126/2008, de 27 de octubre, FJ 5). Ese amplio margen de actuación debe predicarse con mayor intensidad aun cuando el legislador procede a regular tales materias. Y concluye que la exigencia de acreditar que la decisión organizativa adoptada por la Ley 1/2011 excede del amplio margen de actuación que existe para configurar el sistema administrativo, máxime cuando el mismo se establece en una Ley, dotada de presunción de constitucionalidad, adquiere una intensidad agravada que no satisfacen los recurrentes, ni siquiera intentan hacerlo, limitándose a afirmaciones apodícticas y desprovistas de toda fundamentación.

d) Respecto al segundo motivo de inconstitucionalidad, el Letrado del Parlamento de Andalucía señala que basta un simple examen del contenido del art. 1.1 de la Ley 1/2011 para comprobar que nada dice que vaya en contra de lo que prevé el art. 133.1 EAAnd. La supeditación de los principios de simplificación y racionalización de la estructura organizativa a las exigencias de la atención a la ciudadanía, del interés general y de la calidad de los servicios públicos, así como a la consecución del objetivo de garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, actuando en beneficio de estos y del interés general, no está en modo alguno pretendiendo que dichos principios puedan ser desconocidos. Precisamente la finalidad de la Ley es llevar a cabo una reordenación o reestructuración del sector público

andaluz, para conseguir, en lo posible, una simplificación y una racionalización de la estructura organizativa. Y, por otra parte, siempre ha de procurarse que todos los principios alcancen el mayor nivel de realización posible, cuya articulación en cada supuesto corresponde en todo caso al legislador (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4).

e) El Letrado del Parlamento considera que el tercer motivo de inconstitucionalidad plantea cuestiones diversas y heterogéneas, que implican una incorrecta comprensión de las bases del sistema de organización administrativa. A tal efecto expone el contenido de, entre otros, los arts. 52, 54, 57, 55, 68 y 69 de la Ley 9/2007 y 2.2 LPC. Por otra parte, recuerda que el art. 9.2 LEEP se limita a reservar a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca, 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. Además, señala que el precepto no se refiere a las entidades públicas que ejercen dichas potestades ni al régimen de integración en las mismas de los funcionarios públicos, ni remite necesariamente a una específica ley de función pública autonómica, posibilidad por otra parte que excedería de las posibilidades de actuación de una norma básica, pues tales límites solo podrían derivarse de la Constitución o del Estatuto de Autonomía (SSTC 5/1982, de 8 de febrero, FJ 1, y 72/1984, de 14 de junio).

Respecto de la vulneración del principio de seguridad jurídica por el art. 69.1 de la Ley 9/2007 en la redacción dada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, al posibilitar que el régimen jurídico aplicable se determine *ad casum* según la conveniencia de la agencia, el Letrado destaca la densidad normativa que la Ley 9/2007 dedica al régimen de actuación de las agencias públicas empresariales, y que su actuación vendrá determinada en todo caso por lo que dispongan la Ley 9/2007, sus respectivas leyes de creación y sus estatutos, además de otras normas que les puedan resultar de aplicación. Y respecto al controvertido inciso «podrá llevarlas a cabo» del art. 69.3 de la Ley 9/2007 en la redacción dada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, señala que las funciones podrán ser ejercidas bien por el personal funcionario perteneciente a la Consejería, bien por el personal funcionario perteneciente a la agencia administrativa a la que esté adscrita la Consejería.

Asimismo, en relación con la inconstitucionalidad de la disposición adicional sexta por reproducir normativa básica estatal, se alude a la moderna doctrina del Tribunal Constitucional sobre las *leges repetitae* (SSTC 342/2005, de 21 de diciembre, FJ 9; y 18/2011, de 3 de marzo). En el presente caso la reproducción solo favorece la inteligibilidad de la Ley 1/2011 y el correcto desarrollo de sus previsiones. Además, es difícil congeniar lógicamente que los recurrentes dirijan gran parte de sus reproches a denunciar que, de modo subrepticio, la Ley 1/2011 pretende obviar ese precepto estatal y luego pretendan la inconstitucionalidad de la disposición adicional sexta por reproducir su contenido.

f) El Letrado del Parlamento de Andalucía rechaza la impugnación relativa a la vulneración de las condiciones básicas de movilidad de los funcionarios, con los siguientes argumentos. El art. 69.3 de la Ley 9/2007, en la redacción dada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, ha previsto un régimen de integración o adscripción funcional a las agencias públicas empresariales de funcionarios públicos de una Consejería o de una agencia administrativa, con la finalidad de que, en cumplimiento de lo previsto en el art. 9.2 LEEP, puedan ejercer, en el ámbito de las potestades administrativas atribuidas a las agencias públicas empresariales, aquellas funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales. Ello exige la modificación de la relación de puestos de trabajo de la correspondiente Consejería o agencia administrativa, de manera que se introduzcan las unidades administrativas precisas, que cuenten con los correspondientes puestos de trabajo adscritos a personal funcionario. De esta forma se atribuirá a determinados puestos de trabajo ya existentes en la estructura orgánica nuevas funciones precisas para el desarrollo de sus competencias y potestades por las agencias públicas empresariales: la única novedad será el dato de quién es la entidad titular de las competencias a las que se

refieren las funciones que se ejercen, la agencia pública empresarial, porque materialmente las funciones coincidirán exactamente con las que venían desempeñando. El personal afectado por esa modificación continuará dependiendo orgánicamente de su Consejería o agencia administrativa –y por ello se les aplica, como hasta entonces, el acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario de la Junta–, pero dependerá funcionalmente de la correspondiente agencia pública empresarial. Todo ello, señala el Letrado, constituye una opción organizativa plenamente legítima que respeta el art. 9.2 LEEP, en consonancia con la jurisprudencia constitucional (STC 293/1993, de 18 de octubre, FJ 3, y el ya aludido ATC 254/2006).

Ese supuesto de integración funcional –prosigue el Letrado del Parlamento– nada tiene que ver con las previsiones en materia de movilidad que establece el art. 81.2 LEEP, que se refiere a supuestos de traslado de funcionarios a otras unidades, departamentos, organismos públicos o entidades distintos a los de su destino. Con arreglo al art. 69.3 de la Ley 9/2007, lo que cambia en la relación de puestos de trabajo es, por un lado, las funciones del funcionario afectado, de forma que pueda participar en el ejercicio de las potestades públicas atribuidas a una determinada agencia pública empresarial o en la salvaguarda de los intereses generales que le corresponden, y, por otro lado, la creación de nuevas unidades administrativas dentro de la correspondiente Consejería o agencia administrativa, de manera que queden adscritos a esas unidades administrativas todos los puestos de trabajo que se encuentran en la indicada situación.

El Letrado del Parlamento argumenta que, en cualquier caso, incluso considerando que el art. 81.2 LEEP es aplicable a la integración funcional, ésta satisfaría plenamente sus exigencias de motivación y de respeto de las retribuciones correspondientes. Además, el art. 81.2 LEEP solo es aplicable «a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto» (disposición final cuarta LEEP), Ley que no se ha aprobado todavía en la Comunidad Autónoma de Andalucía, descartándose cualquier otra vinculación hasta entonces.

g) El Letrado del Parlamento descarta asimismo el quinto motivo de inconstitucionalidad. Tanto la legislación estatal (art. 55.1 y 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado) como la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 14/1986 y 52/1994 y ATC 254/2006) avalan la plena legitimidad constitucional de que la Administración pública acuda a técnicas o fórmulas de actuación en régimen de derecho privado. También la configuración del estatus del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas es una decisión organizativa de éstas, para lo que cuentan con un amplio margen de actuación (STC 57/1990, de 29 de marzo, FJ 2 *in fine*).

h) También rechaza el Letrado del Parlamento el sexto motivo de impugnación, bajo el cual los recurrentes plantean una serie de supuestas vulneraciones del derecho o principio de igualdad, realizando sucesivas comparaciones de la situación de diversas parejas de grupos o colectivos de empleados públicos. Para ello recuerda la doctrina constitucional tanto sobre el juicio de igualdad (SSTC 330/2005, FJ 4, y 120/2010, FJ 3) como sobre la denominada discriminación por indiferenciación (STC 30/2008, FJ 7), y señala la improcedencia de establecer un juicio de igualdad en relación con colectivos que se encuentran en tan diferentes situaciones (y sin precisar el término de comparación o proponiendo un término inidóneo) hasta el punto de que es precisamente esa diferente situación la que justifica el establecimiento de las reglas que prevé la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011. Para el Letrado, todas las medidas tienen una justificación objetiva y razonable, que atiende a la excepcionalidad del proceso de profunda reestructuración del sector público andaluz que se adopta y que los recurrentes no discuten. También afirma que la integración del personal es voluntaria, salvo con respecto a las agencias de régimen especial, lo cual es de por sí legítimo de acuerdo con la STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 5; esa diferencia de trato, además, se basa en las distintas consecuencias que tiene la integración, la distinta naturaleza de las agencias concernidas y el distinto régimen jurídico que se les aplica.

i) Finalmente, el Letrado del Parlamento de Andalucía descarta el séptimo y último motivo de inconstitucionalidad. Reconoce que la técnica normativa empleada en el apartado 1 de la disposición derogatoria única no es la más adecuada y correcta, aunque ello no implica por sí mismo que sea inconstitucional. Por otra parte, señala que los propios recurrentes exponen acertadamente las razones por las que la disposición impugnada presenta el controvertido contenido: procede de la disposición derogatoria única del Decreto-ley 6/2010, que tenía como finalidad derogar las previsiones del Decreto-ley 5/2010 y sustituirlas por las suyas. La Ley 1/2011, que supone la conversión del Decreto-ley 6/2010 en ley, ha optado por mantener la redacción literal de la referida disposición. Por todo ello, el Letrado concluye que la disposición derogatoria única no pretende derogar o dejar sin efecto lo previsto en la normativa estatal, en concreto en el art. 9.2 LEEP. Además, rechaza que la disposición adicional sexta de la Ley 1/2011 reproduzca el art. 9.2 LEEP, pues mientras que este artículo remite a la correspondiente «ley de desarrollo de cada Administración Pública», la disposición adicional sexta se refiere a los términos establecidos en la «legislación en materia de función pública» que solo puede ser la que dicte la Comunidad Autónoma de Andalucía. En suma, no hay reproducción alguna, por no ser el mismo el tenor, ni literal ni de sentido (carácter básico y de remisión en la norma estatal, concreción autonómica en la norma andaluza). Incluso aceptando la tesis de los recurrentes, ello no llevaría a declarar inconstitucional y nula la frase primera del apartado 1 de la disposición derogatoria única, sino a declarar que la disposición es inconstitucional tan solo en cuanto vendría a dejar sin efecto al art. 9.2 LEEP, manteniéndose la validez y constitucionalidad de la frase en todo lo demás. Por lo demás, se recuerda que la declaración de nulidad de una norma no hace surgir una nueva norma de contenido contrario, ni resucita los preceptos tácitamente derogados por aquella.

11. Por providencia de 18 de noviembre de 2015, se señaló el día 19 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de inconstitucionalidad es analizar la constitucionalidad de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. Como se ha dejado constancia en los antecedentes, los Diputados recurrentes impugnan la Ley en su totalidad por vulneración del art. 133.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAAnd) y los arts. 1.1, 1.2.9, 1.2.10, 1.2.12, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24, las disposiciones adicionales cuarta y sexta y la disposición derogatoria única de la misma Ley por infracción de los arts. 9.3, 14, 23.2, 53.1, 103.1 y 3 y 149.1.18 CE y 33.1, 76.1 y 2 y 133.2 EAAnd.

Por su parte, las representaciones procesales del Parlamento y de la Junta de Andalucía defienden la plena constitucionalidad de la Ley impugnada con los argumentos que se detallan en los antecedentes.

2. Antes de entrar a analizar las cuestiones sometidas a la consideración de este Tribunal por los Diputados recurrentes, debemos efectuar algunas precisiones preliminares.

En primer lugar, debemos resolver con carácter previo el óbice procesal a la admisión de parte del recurso de inconstitucionalidad que nos plantea una de las partes. En efecto, el Letrado del Parlamento de Andalucía solicita la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del Comisionado para interponer el recurso salvo en lo que respecta a la impugnación de la Ley en su totalidad. El reproche que sustenta tal petición afecta en realidad a dos cuestiones conectadas: por un lado, se denuncia que el previo acuerdo impugnatorio de los Diputados del Grupo Parlamentario Popular no especifica por sí mismo los concretos preceptos que se recurren, sino que su determinación se deja a un acto posterior, que resulta ser el escrito de recurso del comisionado elegido a tal afecto por los Diputados recurrentes; por otro, se queja de que sea el escrito de recurso del comisionado el que precise la lista de infracciones que se les reprocha a los preceptos impugnados.

Atendiendo tanto a las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) como a nuestra jurisprudencia, debemos señalar que la referida solicitud del Parlamento de Andalucía no diferencia dos planos netamente diferenciables, como son la legitimación para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad y la motivación del escrito por el que se inicia el proceso constitucional correspondiente. Este Tribunal ha declarado que la legitimación, esto es, la capacidad suficiente para ejercer la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 32.1 LOTIC, se enlaza en el art. 32.2 LOTIC con la existencia del «previo acuerdo adoptado al efecto», de tal forma que la legitimación no puede ser negada, ni, en consecuencia, puede ser rehusado el pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión deducida, salvo por inexistencia de la voluntad que se manifiesta. En efecto, con respecto a quien tiene la legitimación para ello, como es el caso del conjunto de cincuenta Diputados de acuerdo con el art. 32.1 c) LOTIC, «el ejercicio de la acción requiere la previa formación de la voluntad impugnatoria de acuerdo con las reglas de procedimiento interno propias del órgano en cuestión, y el recurso no será admisible cuando no se acredite la preexistencia de tal voluntad», pues la agrupación ocasional o *ad hoc* de cincuenta Diputados o cincuenta Senadores, que se unen al solo efecto de impugnar la validez constitucional de una ley, «surge sólo de la concurrencia de voluntades en la decisión impugnatoria y sólo tiene existencia jurídica como parte en el proceso que con esa impugnación se inicia». Por tanto, una vez conformada y acreditada la voluntad impugnatoria contra la validez de una disposición de rango legal, la agrupación ocasional de cincuenta Diputados se constituye en parte procesal.

Pues bien, en el escrito de 11 de mayo de 2011 los Diputados que figuran como recurrentes ratifican su voluntad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. Ello debe considerarse suficiente desde la perspectiva del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, pues la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional no contiene a este respecto exigencias adicionales, por ejemplo exigencias relacionadas con la identificación de los motivos de impugnación que se reprochan a la Ley que se recurre o a algunos de sus preceptos. Y dado que, según nuestra Ley Orgánica, el conjunto de Diputados que concurren en la voluntad impugnatoria deben necesariamente actuar en el proceso representados, en concreto por el miembro o miembros que designen o por un comisionado nombrado al efecto (art. 82.1 LOTIC), será a ese miembro o miembros o a ese comisionado a quien le corresponderá por tanto formular el escrito que inicie el proceso constitucional, escrito que nuestra Ley Orgánica exige que sea «fundado» y que en él se fije «con precisión y claridad lo que se pida» (art. 85.1 LOTIC).

Por todo ello, debemos descartar la incidencia pretendida de la falta de identificación por la agrupación de Diputados de los concretos preceptos que se impugnan y de las infracciones que se les reprocha.

En segundo lugar, la delimitación del objeto de este proceso exige algunas precisiones, pues la representación procesal del Parlamento de Andalucía sostiene que la impugnación de una parte de los preceptos recurridos –en concreto, los arts. 3 a 12 y 18 a 24– ha de ser desestimada de plano al no haberse levantado debidamente la carga de fundamentar la inconstitucionalidad que se denuncia.

Los recurrentes imputan a los arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 la lesión del contenido esencial de derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 23.2 CE, por no determinar el régimen de integración del personal que se ve afectado por la reordenación del sector público andaluz. Es cierto que los recurrentes no anudan a la impugnación de cada uno de esos preceptos las razones concretas que abonan su pretendida inconstitucionalidad, sino que han articulado la impugnación de esos diecisiete preceptos alrededor de un mismo motivo de inconstitucionalidad, pero lo relevante es que los recurrentes sí desarrollan argumentalmente ese motivo con alguna extensión. Por tanto, en el presente proceso se puede considerar levantada la carga alegatoria que pesa sobre los recurrentes, si bien, a la vista del carácter no individualizado de la impugnación, nuestro enjuiciamiento tampoco requerirá un examen individualizado de cada uno de los preceptos impugnados.

En tercer lugar, resulta pertinente aclarar que la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía ha sido modificada con posterioridad a la formalización del recurso de inconstitucionalidad, por último por la Ley 6/2014, de 30 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2015, sin que ninguna de esas modificaciones afecten a los preceptos impugnados en el presente proceso constitucional.

Finalmente, respecto de la legislación estatal aducida por los Diputados recurrentes como parámetro de contraste de algunos preceptos impugnados, procede indicar que con posterioridad a la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad ha entrado en vigor el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. De acuerdo con nuestra doctrina sobre el *ius superveniens* [por todas, SSTC 34/2014, de 27 de febrero, FJ 2 c), y 154/2015, de 9 de julio, FJ 2], debemos utilizar ese texto refundido, en lugar de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, si bien, como se verá posteriormente, aquella no modifica el contenido de los concretos preceptos alegados como parámetro de contraste.

3. Expuesto lo anterior podemos iniciar el examen de los motivos de inconstitucionalidad alegados en el orden y la extensión con los que se formulan en el escrito de interposición. De acuerdo con ello procede, en primer lugar, comenzar con la impugnación que se dirige contra la totalidad de la Ley 1/2011 por el vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración que establece el art. 133.2 EAAAnd. Los Diputados recurrentes señalan que la finalidad real de la Ley 1/2011 sería realizar los cambios normativos oportunos para poder desarrollar la gestión ordinaria de las actividades administrativas desde una «Administración paralela».

Las representaciones procesales del Parlamento y de la Junta de Andalucía se oponen al motivo de impugnación, que consideran indiscriminado, por rechazar la interpretación que se realiza del precepto estatutario que se pretende infringido y por estimar que los recurrentes no desarrollan esfuerzo argumental alguno para establecer alguna conexión entre, por un lado, la creación de macroagencias, la atribución de potestades públicas y el trasvase masivo de personal y, por otro, el pretendido vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza.

Nuestro examen debe comenzar por analizar el contenido del art. 133.2 EAAAnd que se considera infringido, pues las partes discrepan acerca de su entendimiento. El art. 133.2 EAAAnd señala lo siguiente: «La Administración de la Junta de Andalucía desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos». Los recurrentes atribuyen a este precepto estatutario un significado que rechazan los Letrados del Parlamento y de la Junta de Andalucía: una especie de reserva de funciones administrativas que necesariamente deben ser atendidas mediante los servicios centrales y periféricos de la Administración de la Junta de Andalucía y que implicaría la imposibilidad de su traslado a entidades de derecho público o privado vinculadas o controladas por la Administración.

El sentido de este precepto estatutario no puede ser analizado con abstracción de su precedente normativo así como de otros enunciados estatutarios. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el directo precedente del art. 133.2, el art. 4.4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981, establecía que «la Comunidad Autónoma *articulará* la gestión ordinaria de sus servicios periféricos propios a través de las diputaciones provinciales», lo que condicionaba la posibilidad de establecer una estructura administrativa periférica. Es claro que el vigente precepto estatutario se dirige a eliminar esa limitación, pues con similar terminología atribuye ahora la gestión ordinaria de las actividades de la Administración de la Junta de Andalucía a «sus servicios centrales y periféricos». En segundo lugar, el artículo 133.3 dispone que «[t]odos los órganos encargados de la prestación de servicios o de la gestión de competencias y atribuciones de la Comunidad Autónoma dependen de ésta y se integran en su Administración», y el artículo 158 establece que «[l]a Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su

competencia». De los tres preceptos citados se pueden extraer varias conclusiones. La primera es que el Estatuto de Autonomía de Andalucía parte, como es tradicional en el Derecho administrativo español, de una concepción amplia de Administración autonómica de la que forman parte tanto la Administración territorial autonómica –que el Estatuto denomina «Administración de la Junta de Andalucía»– como los entes instrumentales creados por la Comunidad Autónoma para ejercer funciones de su competencia.

En consecuencia, el apartado segundo del art. 133 EAAnd –cuya rúbrica es «principios de actuación y gestión de competencias»– no puede interpretarse como una disposición que establezca límites a la creación de entidades instrumentales o a la atribución de funciones a dichas entidades. Como se desprende del contraste con el precedente estatutario de 1981, constituye más bien una norma de organización interna que autoriza a la Administración de la Junta de Andalucía a dotarse de una estructura periférica propia. Nada se dice en el art. 133.2 EAAnd sobre la naturaleza o el *quantum* de funciones cuya realización tenga que reservarse la Administración de la Junta de Andalucía y no pueda encomendar a los entes instrumentales creados por la Comunidad Autónoma.

Al no tener el precepto el contenido pretendido por los recurrentes, no se puede verificar la infracción que, sobre esa base, los recurrentes reprochan al conjunto de la Ley. Por todo ello, sin que sea necesario examinar todos y cada uno de los preceptos y de las disposiciones de la Ley impugnada, debemos desestimar este primer motivo de impugnación.

4. El segundo motivo de inconstitucionalidad consiste en la vulneración del art. 133.1 EAAnd por el art. 1.1 de la Ley impugnada. Según los recurrentes, el precepto impugnado altera la prelación de principios de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía fijada en el art. 133.1 EAAnd. Por su parte, el Letrado del Parlamento de Andalucía descarta que el art. 1.1 pretenda desconocer los principios enumerados en la citada norma estatutaria.

El art. 1.1 de la Ley impugnada establece lo siguiente:

«Los ejes de la reordenación o reestructuración, presente o futura, del Sector Público de Andalucía serán la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos. En base a ello, los principios de simplificación y racionalización de la estructura organizativa estarán supeditados a los mismos, y a la consecución del objetivo de garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, actuando en beneficio de estos y del interés general.»

Por otra parte, el art. 133.1 EAAnd, que los recurrentes nos proponen como parámetro de validez constitucional de la Ley impugnada, tiene el siguiente contenido:

«La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, protección de la confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico.»

Resulta evidente que el art. 133.1 EAAnd contiene un largo elenco de principios de distinto alcance y naturaleza (principios de actuación administrativa *stricto sensu*, principios de funcionamiento de la Administración, principios de organización administrativa, principios de relación con los ciudadanos, principios de relación con otras Administraciones públicas, etc.) y que, por tanto, cada uno de ellos tiene una distinta capacidad de proyección sobre las diversas parcelas de actuación de la Administración. Del precepto estatutario no se deduce una obligación de la Administración autonómica o de los poderes públicos andaluces de realizar todos y cada uno de los principios al mismo tiempo y con la misma intensidad, pues mientras hay principios que son taxativos y alegables en sede jurisdiccional (sujeción a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del

ordenamiento jurídico), otros admiten diversos grados de realización, constituyen más bien directrices normativas y deben conciliarse con otros principios constitucionales y estatutarios, como por ejemplo los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público (arts. 103 CE y 136 EAAAnd), los principios rectores de las políticas públicas (arts. 39 a 52 CE y 37 EAAAnd) –entre los que cabe destacar, desde la perspectiva de la presente impugnación, el principio estatutario relativo a la prestación de servicios públicos de calidad (art. 37.1.1 EAAAnd)– o, más en general, la consecución de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma (art. 10.4 EAAAnd).

Por otro lado, debemos recordar que la Comunidad Autónoma dispone de la competencia exclusiva sobre «la organización y estructura de sus instituciones de gobierno» (art. 46.1 EAAAnd), 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.

Por todo ello, debemos desestimar este segundo motivo de impugnación.

5. En tercer lugar, los Diputados recurrentes argumentan que las modificaciones que el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 introduce en el art. 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía afectan al carácter básico de las funciones reservadas a los funcionarios ex art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP), precepto que con el mismo contenido se encuentra ahora recogido en el art. 9.2 del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Sostienen que los tres apartados que conforman el art. 69 de la Ley 9/2007, en la redacción dada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, resultan inconstitucionales por vulnerar los arts. 9.3 y 149.1.18 CE y 76.1 y 2 EAAAnd. Por su parte, los Letrados de la Junta y del Parlamento de Andalucía defienden la conformidad constitucional del precepto impugnado.

El art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 da nueva redacción al art. 69 de la Ley 9/2007 en los siguientes términos:

«Artículo 69. *Régimen jurídico y ejercicio de potestades administrativas.*

1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra a del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra b del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la

Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

2. Las agencias públicas empresariales ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y solo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, a los efectos de esta Ley, los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

3. En el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, el horario de trabajo y las retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y las relativas al sistema de recursos administrativos que procedan contra los actos que se dicten en ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la agencia.»

El art. 69 de la Ley 9/2007 es objeto de impugnación por varios conceptos heterogéneos y entremezclados (motivos competenciales, no competenciales y de inconstitucionalidad mediata), aunque en todos los casos no se satisface en los mismos términos la carga alegatoria. Así, la afirmación de la vulneración de los arts. 76.1 y 76.2 EAAAnd, que establecen las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de función pública, no puede ser admitida pues tal afirmación no viene acompañada de argumentación alguna que permita considerar que en este punto se haya levantado la carga alegatoria que pesa sobre el recurrente: los recurrentes no han precisado de qué forma el art. 69 de la Ley 9/2007 vulnera las competencias autonómicas recogidas en esos preceptos estatutarios. Por tanto, a continuación nos limitaremos a examinar los demás motivos impugnatorios, respecto a los cuales los recurrentes han levantado la carga alegatoria.

a) El principal argumento que dirigen los recurrentes contra el precepto impugnado es la vulneración del art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el párrafo primero del apartado 3 del art. 69 de la Ley 9/2007. El art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 establece lo siguiente:

«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 salvaguarda 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.»

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 especifica 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.

La mera lectura del párrafo primero del apartado 3 del art. 69 de la Ley 9/2007 permite descartar la existencia de la vulneración alegada del art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015. El precepto impugnado se limita a prever que, en el caso de que las agencias públicas empresariales realicen «funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública», esas funciones las podrá llevar a cabo «bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita». Así pues, el precepto impugnado contiene una previsión normativa que se dirige precisamente a garantizar el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de forma que el ejercicio de las 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 y de las Administraciones públicas corresponda exclusivamente a los funcionarios públicos. En otras palabras, el precepto autonómico no altera la reserva al personal funcionario de las funciones relacionadas con el ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses generales que establece la norma básica estatal.

b) Asimismo, se impugna el apartado primero del art. 69 de la Ley 9/2007 por vulnerar los arts. 2.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC) y 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, en cuanto que aquél habilita para atribuir potestades administrativas a agencias públicas empresariales cuyo personal se regirá por el derecho privado. Esta impugnación tampoco puede acogerse. El art. 2.2 LPC –precepto vigente en tanto no entren en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público– tiene ciertamente carácter básico en sentido formal y material, por las mismas razones antes indicadas en relación con el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015. Sin embargo, no tiene el contenido pretendido por los recurrentes. En efecto, en lo que interesa a efectos de la presente impugnación, es claro, por una parte, que el art. 2.2 LPC no cierra el paso a la atribución de potestades administrativas a las entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas territoriales y que, por otra, el citado precepto se limita a exigir que las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas sujeten su actividad a la Ley 30/1992 «cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». En otras palabras, el art. 2.2 LPC no prejuzga el régimen de organización y funcionamiento de las entidades de derecho público cuando no ejerzan potestades administrativas. Pues bien, el apartado primero del art. 69 de la Ley 9/2007 no contradice el mandato normativo del art. 2.2 LPC, pues expresamente excluye del régimen de derecho privado de las agencias públicas empresariales a las que se refiere «las cuestiones relacionadas ... con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas». Por ello, no se puede

acceder a la petición de los recurrentes de declarar la inconstitucionalidad del inciso «y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas» que se contiene en los dos párrafos del apartado 1 del art. 69 de la Ley 9/2007.

En cuanto a la alegada vulneración del art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el apartado primero del art. 69 de la Ley 9/2007, tampoco puede acogerse, pues el objeto de regulación es diferente en ambos casos: mientras el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 se limita a reservar determinadas funciones al personal funcionario, el precepto autonómico se refiere al régimen jurídico de las agencias públicas empresariales.

c) En tercer lugar, los recurrentes alegan que sólo se puede atribuir potestades administrativas a las entidades de Derecho público que cuenten con personal funcionario propio, pues solo así será posible sujetar su actuación a la Ley 30/1992 con todas las garantías que conlleva para los administrados, invocando a este respecto el art. 103.1 CE. En otras palabras, consideran que los funcionarios que deben realizar las funciones implicadas en el ejercicio de potestades administrativas deben pertenecer orgánicamente a la propia entidad instrumental a la que se le hayan atribuido tales potestades, y rechazan implícitamente la solución diseñada por el legislador autonómico de que el personal funcionario que se requiera para el desarrollo de esas funciones dependa funcionalmente de la entidad instrumental aunque orgánicamente de la Administración pública a la que está adscrita la entidad instrumental.

Los recurrentes parten de un precepto —el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015— que ciertamente reserva a los funcionarios la realización de determinadas funciones para deducir algo bien distinto, que solo a las entidades que cuenten con personal funcionario se les puede atribuir potestades administrativas y que el personal funcionario que desempeñe esas funciones debe depender orgánicamente de la propia entidad en la que realizan su actividad.

La interpretación que defienden los recurrentes puede sin duda resultar razonable, pero eso no significa que sea la única posible. Cuando menos, los recurrentes no aportan razones que permitan concluir que la única fórmula jurídica posible de acuerdo con los arts. 2.2 LPC y 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 sea la que ellos defienden. Respetando el contenido de tales normas básicas, y dentro del margen de desarrollo legislativo que en esta materia le reconocen expresamente el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 76.1 EAAnd) y el propio art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, el legislador autonómico ha previsto la posibilidad de la adscripción funcional de funcionarios dependientes orgánicamente de la Administración pública territorial como fórmula para proporcionar a las agencias públicas empresariales autonómicas el personal funcionario legalmente necesario para realizar las funciones anteriormente mencionadas. Los recurrentes no han levantado en este punto la carga argumental exigible para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas con valor de ley (por todas, STC 76/2014, de 8 de mayo, FJ 2).

d) Adicionalmente, los recurrentes alegan la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con dos concretos incisos del precepto impugnado. Por un lado, se quejan de la ambigüedad del inciso «podrá llevarlas a cabo» que se utiliza en el apartado 3 del art. 69 de la Ley 9/2007. Sin perjuicio de recordar nuestra doctrina reiterada de que los defectos de técnica legislativa no acarrear necesariamente un vicio de inconstitucionalidad y de que no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes (por todas, STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 8), en este mismo fundamento jurídico ya hemos indicado que el art. 69.3 de la Ley 9/2007 asume el contenido de la norma básica estatal prevista en el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, según la cual el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales debe corresponder exclusivamente a personal funcionario. Lo único que añade el precepto impugnado es la previsión de que, en relación con las agencias públicas empresariales, ese personal funcionario puede pertenecer a la Consejería o bien a la correspondiente agencia administrativa adscrita a la Consejería; a ello se circunscribe la apertura del inciso que impugnan los recurrentes. Como ya hemos indicado

anteriormente, ninguna de esas dos soluciones vulnera las normas estatales básicas aducidas por los recurrentes.

Por otro lado, se reprocha la indeterminación del régimen jurídico previsto en el art. 69.1 de la Ley 9/2007 para las agencias públicas empresariales a que hace referencia el art. 68.1 b) de la Ley 9/2007. Sin embargo, no es cierto que se posibilite que el régimen jurídico aplicable se determine *ad casum* según la conveniencia de cada agencia, ni la alegada indeterminación absoluta es tal, sino que está acotada a lo no previsto expresamente por la normativa general aplicable. En efecto, el precepto señala que dichas agencias públicas empresariales «se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación», y solamente para las demás cuestiones –esto es, para las cuestiones no específicamente reguladas en las normas que se mencionan expresamente o en otras normas de aplicación general– se establece un cláusula residual parcialmente abierta: «En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera».

e) Finalmente, los recurrentes también impugnan el art. 70.1 de la Ley 9/2007, introducido por el art. 1.2.10 de la Ley 1/2011, por razones idénticas a las de la impugnación del apartado 1 del art. 69 de la Ley 9/2007. No obstante, aquel precepto se refiere a una cuestión bien distinta, el régimen de derecho laboral del personal de las agencias públicas empresariales. El apartado 1 del art. 70 de la Ley 9/2007 establece lo siguiente:

«1. El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.»

Dado que, por una parte, ya hemos rechazado las razones esgrimidas frente el apartado 1 del art. 69 de la Ley 9/2007 y de que, por otra, los recurrentes no han aportado argumentos que expliquen por qué las mismas razones fundamentarían la impugnación de la previsión contenida en el apartado 1 del art. 70 de la Ley 9/2007, que se refiere a una cuestión distinta de abordada en el precepto anterior, debemos proceder a rechazar también la impugnación del art. 70.1 de la Ley 9/2007.

Por todo ello, debemos rechazar la impugnación de los arts. 69 y 70.1 de la Ley 9/2007 en la redacción introducida por los arts. 1.2.9 y 1.2.10 de la Ley 1/2011.

6. En cuarto lugar, los recurrentes argumentan que la Ley impugnada afecta al carácter básico de las condiciones de movilidad de los funcionarios. Sostienen que la redacción que da el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 al art. 69.2 de la Ley 9/2007 instaura un régimen de dependencia funcional que implica para los funcionarios de carrera una movilidad forzosa del puesto de trabajo, al producirse un traslado encubierto hacia las agencias públicas empresariales con alteración de las condiciones esenciales de trabajo con respecto al puesto de origen. Los Letrados de la Junta y del Parlamento de Andalucía rechazan esa impugnación.

Desde otra perspectiva, el presente motivo de impugnación se dirige de nuevo contra la posibilidad prevista por el legislador autonómico de adscribir funcionalmente a funcionarios dependientes orgánicamente de la Administración autonómica a las agencias públicas empresariales. Llegados a este punto debemos afirmar que la disociación entre dependencia orgánica y dependencia funcional del personal funcionario no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo: esa disociación se puede producir en el seno de la misma Administración pública, entre Administraciones públicas distintas (por ejemplo, la adscripción de unidades completas del Cuerpo Nacional de Policía a las Comunidades Autónomas, art. 47 de la Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad: LOFCS) e

incluso entre poderes jurídicos distintos (por ejemplo, la adscripción de policías a las unidades de policía judicial dependientes funcionalmente de jueces y fiscales, arts. 10.3 y 33 a 35 LOFCS). La disociación prevista en la norma autonómica afecta a funcionarios concretos que dependerán orgánicamente de la correspondiente Consejería o agencia administrativa y funcionalmente de una agencia pública empresarial.

No obstante, mediante el presente motivo los recurrentes no cuestionan la posibilidad de disociar dependencia funcional y orgánica, sino que consideran que, bajo esa aparente disociación, se está encubriendo en realidad una movilidad forzosa del personal funcionario que se adscribe funcionalmente a las agencias públicas empresariales. Ello, según los recurrentes, contradiría las normas básicas estatales relativas a la movilidad de los funcionarios así como las normas legales andaluzas de ordenación de la función pública.

Debemos descartar las normas legales autonómicas de ordenación de la función pública como canon de constitucionalidad de la Ley impugnada en este proceso constitucional. En cuanto a la eventual vulneración las normas básicas estatales sobre movilidad forzosa del personal funcionario, debemos verificar primero si nos encontramos efectivamente ante un supuesto de movilidad forzosa, pues las partes discrepan sobre este punto.

La movilidad de los funcionarios de carrera se hace efectiva mediante los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo o por medio de otros sistemas contemplados en el ordenamiento jurídico. La característica básica de la movilidad –ya sea voluntaria o forzosa– es el traslado del funcionario a una unidad, un departamento, un organismo o una entidad distinta de la de destino, y la correspondiente modificación de su adscripción al puesto de trabajo. Entre Administraciones distintas la movilidad solo puede tener carácter voluntario: el funcionario abandona su destino inicial y obtiene un destino distinto, sin perjuicio de que se mantenga respecto a la Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones (art. 84.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015). En cuanto a la movilidad forzosa, constituye un supuesto excepcional de provisión de puestos de trabajo. La legislación estatal básica establece que sólo de forma motivada y por necesidades de servicio o funcionales podrán las Administraciones públicas trasladar a sus funcionarios a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares (art. 81.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015).

En el régimen de adscripción funcional previsto en la Ley impugnada, en cambio, el funcionario permanece en su puesto de trabajo y únicamente se le atribuyen las funciones precisas para poder participar en el ejercicio de las potestades públicas atribuidas a una determinada agencia pública empresarial o en la salvaguardia de los intereses generales cuya tutela le haya sido encomendada. Así pues, a diferencia de la movilidad forzosa, no hay aquí remoción o cambio de puesto de trabajo. Los cambios se circunscriben a la relación de puestos de trabajo. Por otra parte, la decisión de adscripción funcional no es más que un aspecto parcial dentro de un proceso más amplio de reorganización administrativa, por medio de la cual, en primer lugar, se atribuyen determinadas competencias y potestades a las agencias públicas empresariales; y, en segundo lugar, en las consejerías o agencias administrativas a las que están adscritas esas agencias públicas empresariales se modifican las relaciones de puestos de trabajo a fin de agrupar en unidades administrativas a todos los puestos de trabajo que se encuentran en esa situación. En el marco de ese proceso de reorganización administrativa, la Administración puede alterar determinados aspectos de la relación estatutaria con arreglo a su potestad de organización de los servicios, sin que ello afecte a la inamovilidad de los funcionarios.

En suma, dado que el régimen de adscripción funcional previsto en la Ley impugnada no puede considerarse como un supuesto de movilidad forzosa, no es necesario examinar la alegada contradicción que los demandantes anudan a dicha premisa, esto es, la vulneración de las garantías que en materia de movilidad forzosa establece el art. 81.2 Real Decreto Legislativo 5/2015.

Por lo demás, la impugnación se sustenta en particular en la hipótesis de que la norma impugnada abriría la puerta a que sea el decreto que apruebe los estatutos de cada agencia el que concrete las condiciones esenciales de trabajo sin respetar las que se tuvieran en el puesto de origen. Puesto que se trata de un presupuesto hipotético, basado en una mera conjetura interpretativa, carece de capacidad suficiente para fundamentar tal impugnación (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 8).

7. El quinto motivo de impugnación se dirige contra la pretendida vulneración de la preferencia constitucional por el régimen funcionarial en que incurrirían los arts. 70.1 y 74.1 de la Ley 9/2007 en la redacción que les dan los arts. 1.2.10 y 1.2.12 de la Ley 1/2011, al regular el estatuto del personal de las agencias. Los arts. 70.1 y 74.1 de la Ley 9/2007, respectivamente, establecen la siguiente regulación del personal de las agencias:

Artículo 70.1 «el personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad».

Artículo 74.1 «el personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario».

Los recurrentes consideran que la previsión legal de que el personal de las agencias sea personal contratado (en las agencias públicas empresariales), o pueda ser tanto funcionario como personal laboral (en las agencias de régimen especial), vulnera la preferencia constitucional por el régimen funcionarial.

Ciertamente, en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3, destacamos «la opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y ... la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario».

Ahora bien, el art. 74.1 de la Ley 9/2007 no establece una preferencia por el régimen laboral del personal al servicio de las agencias andaluzas. El precepto enuncia dos normas: una regla general de autorización indistinta de personal tanto funcionario como contratado en las agencias de régimen especial y una regla especial que reserva al personal funcionario las funciones que impliquen ejercicio de autoridad. No existe por tanto una indiscriminada apertura legal de los puestos de trabajo de las agencias de régimen especial al personal contratado, como parecen argumentar los recurrentes, sino una mera constatación de que en las agencias andaluzas pueden prestar servicios dos tipos de personal, funcionarial y contratado, que se regirán en cada caso por sus propias normas reguladoras. Nada distinto ocurre en el resto de las Administraciones públicas.

En suma, si los preceptos impugnados no establecen una preferencia por el régimen laboral del personal al servicio de las agencias andaluzas, difícilmente pueden vulnerar esos preceptos la preferencia por el régimen funcionarial que alegan los recurrentes. Al faltar la premisa lógica en la que se sustenta la tacha de inconstitucionalidad alegada, la resolución de la presente impugnación no requiere que entremos a examinar el fundamento y el contenido de la preferencia constitucional por el régimen funcionarial que alegan los recurrentes.

Por todo ello, debemos desestimar la impugnación de los arts. 70.1 y 74.1 de la Ley 9/2007 en la redacción dada por los arts. 1.2.10 y 1.2.12 de la Ley 1/2011.

8. En sexto lugar, los recurrentes imputan a la disposición adicional cuarta y a los preceptos que son concordantes con ella (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24) la lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos

en los arts. 14 y 23.2 CE, por no determinar el régimen de integración del personal que se ve afectado por la reordenación del sector público andaluz. Junto al reproche genérico se dirigen otros más específicos contra aspectos concretos de la regulación.

Antes de analizar la impugnación principal debemos realizar algunas precisiones sobre el objeto de impugnación y sobre el canon que debemos aplicar.

a) Aunque los recurrentes impugnan los referidos diecisiete artículos y la disposición adicional cuarta, en realidad es en esta disposición donde se sitúa la pretendida vulneración. Los arts. 3 a 12 y 18 a 24 se limitan a autorizar bien la creación de nuevas agencias públicas empresariales o de régimen especial, bien la conversión en tales agencias de diversas entidades u organismos preexistentes, y determinan su personalidad jurídica, adscripción, régimen jurídico, fines, recursos económicos y subrogación en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que eran titulares las entidades convertidas o los organismos llamados a extinguirse con la creación de las nuevas agencias.

Las reglas relativas a la integración del personal funcionario o laboral en las agencias de régimen especial o públicas empresariales o en la Administración autonómica se establecen propiamente en el apartado 1 de la disposición adicional cuarta. Nuestro enjuiciamiento ha de ceñirse por tanto a dicho apartado 1, que establece lo siguiente:

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

a) Al personal funcionario que se integre orgánicamente en una agencia de régimen especial o se adscriba funcionalmente a una agencia pública empresarial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía.

La integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria. El tipo de contrato y las condiciones de este personal se negociarán con las organizaciones sindicales más representativas. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus cuerpos en la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reintegrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

b) El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración

General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.

c) La integración del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía en una agencia pública empresarial será voluntaria. Este personal mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia.

Al personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una agencia pública empresarial se le valorará como experiencia laboral el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de traslados para la provisión de puestos de trabajo o promoción interna en la Administración General de la Junta de Andalucía.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reingrese al servicio activo en la Administración General de la Junta de Andalucía, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de antigüedad y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

d) El personal laboral de las agencias de régimen especial procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía se integra orgánicamente, manteniendo su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

e) Los convenios colectivos, así como los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos, aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo, sin perjuicio de lo establecido en la letra d de este apartado.

f) La masa salarial del personal laboral al servicio de la nueva entidad no podrá superar, como consecuencia de la reordenación regulada por esta Ley, la del personal de las entidades que se extingan o se transformen.

g) El referido protocolo de integración se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda.»

b) A continuación debemos precisar el ámbito de aplicación de los arts. 14 y 23.2 CE invocados por los recurrentes y cuál es el canon que dimana de esos preceptos.

Aunque en el recurso, junto al art. 23.2 CE, se invoca también el art. 14 CE, ha de recordarse que, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional emanada en procesos de amparo y que es extensible a los procesos de inconstitucionalidad, «cuando la queja por desigualdad se plantea respecto de los supuestos comprendidos en el art. 23.2 CE no es necesaria la invocación del art. 14 CE, porque el propio art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y es éste, por tanto, el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto o la resolución impugnados han desconocido el principio de igualdad» (SSTC 24/1989, de 2 de febrero, FJ 2; 154/2003, de 17 de julio, FJ 5, y 192/2007, de 10 de septiembre, FJ 3); cuando menos, siempre que la diferenciación no se deba a algunos de los criterios de discriminación expresamente impedidos por el art. 14 CE.

El ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del art. 23.2 CE, el contenido del derecho fundamental reconocido en dicho precepto y el canon de enjuiciamiento aplicable a las

injerencias en ese derecho, conforme a nuestra jurisprudencia, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

– En primer lugar, el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no solo se proyecta sobre los cargos de representación política sino también sobre los funcionariales (STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5). En cambio, no es aplicable al personal laboral o al personal que se rija bajo otra forma contractual.

– En segundo lugar, el art. 23.2 CE no garantiza la igualdad durante toda la vigencia de la relación funcional, sino en situaciones muy precisas dentro de esa relación: en el acceso a la función pública, en la promoción y la carrera profesional, y en el momento del cese. En efecto, según nuestra jurisprudencia el art. 23.2 CE es aplicable, además de en los procedimientos de acceso, a la carrera administrativa y a los actos relativos a la propia provisión de puestos de trabajo (SSTC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4; 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7, y 156/1998, de 13 de junio, FJ 3).

En aplicación de dicho criterio hemos admitido que cabe alegar la vulneración del art. 23.2 CE en la integración de los antiguos profesores agregados en el cuerpo de Catedráticos de universidad (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FFJJ 8-10), en los procedimientos de libre designación (STC 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3), en los concursos de traslados (STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5) o respecto a las condiciones de incorporación a una nueva escala única fijadas por el legislador competente, incorporación que si bien resulta automática para los que provienen de la escala superior se encuentra supeditada a la superación de un curso de formación para los que procedan de la escala inferior (STC 38/2014, de 11 de marzo, FJ 6).

Igualmente hemos declarado que el art. 23.2 CE es aplicable a las normas que regulan el cese en la condición de funcionario (STC 73/1994, de 3 de marzo, FJ 2).

– En tercer lugar, el art. 23.2 CE no confiere derecho sustantivo alguno a la ocupación de cargos ni a desempeñar funciones determinadas (STC 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6), sino que proporciona a los ciudadanos una importante serie de garantías en relación con los procesos de acceso a la función pública (STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5). En este momento interesa destacar las garantías que rigen *ex ante*, esto es, en el establecimiento de los requisitos de acceso a la función pública: por un lado, la predeterminación normativa del procedimiento de acceso como garantía del principio de igualdad; por otro lado, la igualdad material en las normas que regulen los procedimientos selectivos.

Mediante la exigencia de predeterminación normativa se garantiza que sea la ley –sin perjuicio de que pueda requerir la colaboración del reglamento en esta tarea– la que determine con carácter general los requisitos de acceso al empleo público o –aunque con un rigor y una intensidad inferiores, como indicaremos después– de promoción interna e integración en organismos distintos, impidiendo con ello que la Administración pueda exigir requisitos distintos de los previstos con carácter general por la ley –o por el reglamento que los desarrolle– y establecer de este modo diferencias que quiebren el criterio igualitario previsto en la norma general. En la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6 a), señalamos lo siguiente: «la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, 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, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa. Una verdadera predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez –que lo es de la legalidad– tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las

condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas» [doctrina reiterada en la STC 30/2008, FJ 6 a)].

Y la exigencia de igualdad material en la ley supone que «las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre), o de referencias individualizadas (STC 67/1989, de 18 de abril)» [STC 30/2008, FJ 6 b)]. El art. 23.2 CE no proscribire toda desigualdad de trato, sino aquella en la que la diferencia introducida por la norma carece de una justificación objetiva y razonable y resulta desproporcionada (STC 46/1999, FJ 2).

– En cuarto lugar, la densidad de nuestro canon de enjuiciamiento depende del tipo de decisiones sobre las que se proyecta. En el momento del acceso a la función pública no hay más canon que los principios constitucionales de mérito y capacidad, pero con posterioridad otros criterios pueden acompañar a dichos principios. En efecto, según nuestra jurisprudencia «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 enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991)» (STC 365/1993, FJ 7). Y en la STC 156/1998, de 13 de junio, señalamos que «al ser constitucionalmente legítimo que en materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el art. 23.2, y encontramos, por otra parte, ante un derecho que es de configuración legal (SSTC 24/1990, 25/1990, 26/1990, 149/1990), es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios; criterios que, como se han indicado, siempre que se encuentren justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales y no introduzcan discriminaciones personales constitucionalmente proscritas, serán compatibles con el derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE.» (FJ 3).

En aplicación de dicha doctrina hemos considerado que son conformes con el art. 23.2 CE la previsión de un derecho de adjudicación preferente a favor de aquel que, por razón de su puesto de trabajo, reside en una localidad distinta a la de su cónyuge (SSTC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4; y 200/1981, de 28 de octubre, FJ 3), la decisión de una Administración autonómica de reservar la provisión de determinadas plazas para sus propios funcionarios (STC 156/1998, de 13 de junio, FJ 4) o el amplio margen de valoración característico de los procedimientos de libre designación en relación con las aptitudes de los candidatos para desempeñar un determinado puesto de trabajo (STC 221/2004, FJ 4).

Asimismo nuestra jurisprudencia ha señalado que «el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado en el art. 23.2 CE no sólo integra el derecho de acceso en tales condiciones y sin otro canon que los principios de mérito y capacidad, sino también el derecho al mantenimiento de la condición de funcionario y, en consecuencia, exige que las leyes que regulan el cese en la misma, sean generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquéllas que tengan una justificación objetiva y razonable» (STC 73/1994, FJ 2).

c) Si bien las mencionadas garantías del art. 23.2 CE solo se dispensan a los ciudadanos que acceden a las funciones públicas que se ejercen a través de una relación de servicio con la Administración de carácter estatutario, nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcional, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a él que tengan carácter discriminatorio (SSTC 86/2004, de 10 de

mayo, FJ 4; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8, y 128/2007, de 4 de junio, FJ 4). Protección que debe entenderse también aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral durante la vigencia de la relación laboral que les vincula con la Administración.

En suma, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE.

9. Una vez sentado lo anterior podemos aplicar el canon expuesto a la disposición adicional cuarta.

a) En el presente caso no se trata de enjuiciar cómo se han aplicado las normas que regulan un determinado procedimiento de integración, sino de examinar la constitucionalidad de una serie de reglas generales y abstractas destinadas a regir un proceso complejo de integración de personal funcionario y contratado en agencias de nueva creación o surgidas de la adaptación de entidades instrumentales existentes. Dichas reglas no precisan los criterios concretos de integración pues todavía necesitan ser concretadas por la Administración en un protocolo, previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y tras recabar el informe de diversos órganos administrativos. Lo anterior no excluye, claro está, que si en la configuración final del procedimiento de integración o en su aplicación se tomaran en consideración circunstancias incompatibles con los principios de mérito y capacidad o se produjeran acepciones o pretericiones *ad personam* o cualquier otra quiebra relevante que lleve a la preterición de un aspirante, tales irregularidades podrán ser denunciadas por quien se sienta afectado, llegado el caso recabando el amparo de este Tribunal (STC 353/1993, FJ 6).

Debemos comenzar afirmando que la doctrina expuesta en el fundamento jurídico 8 b) es aplicable a las normas que regulan la integración de funcionarios públicos en organismos públicos o entidades privadas distintos de los de su destino. Tales procesos tienen sobre los funcionarios un impacto similar a las normas que regulan la promoción interna e, incluso, a las que regulan el cese, si por ejemplo las normas de integración impusieran a determinados funcionarios la integración en una agencia en régimen de derecho laboral y el consiguiente pase a la situación administrativa de excedencia que corresponda, etc. En suma, dependiendo de su concreto contenido, las normas reguladoras de la integración de funcionarios en organismos distintos son susceptibles no solo de afectar a la situación jurídica de igualdad de los funcionarios al servicio de la Administración, sino también de incidir en el propio derecho al mantenimiento de la condición de funcionario. Por ello, completando nuestra doctrina sobre la materia debemos ahora declarar que el ámbito de protección del art. 23.2 CE también debe proyectarse sobre los procesos de integración de funcionarios en organismos públicos o entidades privadas distintos de los de su destino.

En consecuencia, las leyes que regulen la integración de funcionarios deben ser generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquéllas que tengan una justificación objetiva y razonable. Solo así se satisfarán las exigencias de predeterminación normativa y de igualdad en la ley que derivan del art. 23.2 CE.

Mediante la presente impugnación se ataca la integración en las nuevas agencias tanto de funcionarios como de personal contratado con arreglo a los arts. 23.2 y 14 CE, respectivamente. De acuerdo con nuestra jurisprudencia nuestro canon de enjuiciamiento consistirá en verificar si los criterios previstos en la disposición adicional cuarta están orientados a la consecución de la situación jurídica de igualdad que consagran los arts. 14 y 23.2 CE así como en comprobar, en la medida en que dichos criterios se refieren a la

integración de funcionarios públicos, si esas normas cumplen además con la garantía de la predeterminación normativa que dimana del art. 23.2 CE, teniendo presente a este respecto que, al tratarse de procesos que afectan a quienes ya son funcionarios públicos, la garantía de predeterminación normativa del art. 23.2 CE debe aplicarse con menor rigor e intensidad que en relación con los procedimientos de acceso a las funciones públicas.

b) Los recurrentes no alegan ningún indicio o elemento que permita fundamentar el juicio de que los criterios establecidos en la disposición adicional cuarta para la integración del personal funcionario o laboral en las nuevas agencias no sean constitucionalmente adecuados. En primer lugar, la disposición adicional cuarta cumple suficientemente la exigencia de predeterminación normativa que dimana del art. 23.2 CE, al determinar con carácter general y de forma previa los requisitos de integración de los funcionarios públicos en las nuevas agencias que deberá aplicar la Administración. En segundo lugar, las reglas que se establecen en la disposición adicional cuarta son objetivas, no tienen en cuenta situaciones individuales ni incluyen referencias individualizadas o *ad personam* y no abren la puerta a la asignación de puestos de trabajo con desprecio de los principios de mérito y capacidad. En definitiva, no se aprecia norma alguna capaz de quebrar la igualdad o que se desvíe de la consecución de la situación jurídica de igualdad de los empleados públicos (funcionarios y contratados) respecto a la integración en las nuevas agencias. Por ello, debemos rechazar la impugnación genérica, por vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE, que se formula contra la disposición adicional cuarta.

c) De forma específica los recurrentes alegan vulneración del principio de igualdad por el pretendido trato desigual ofrecido a quienes voluntariamente se integren en las nuevas agencias frente a quienes no se integren, o a quienes se integren voluntariamente en unas agencias frente a los que se integren en otras. El canon de la igualdad en la ley dimana tanto del art. 23.2 CE como del art. 14 CE, por lo que resulta aplicable por igual al personal funcionario y al personal contratado. Sin embargo, el reproche debe ser descartado, además de por la insuficiente argumentación en que se sustenta, básicamente porque las normas impugnadas tienen como destinatarios a quienes deciden integrarse en las nuevas agencias, lo que supone un criterio objetivo y no arbitrario y un estatus claramente diferenciado respecto a quienes deciden no hacerlo. No pueden utilizarse ambas situaciones como términos a comparar e igualar, pues no se puede dar carácter general y prevalente a unas normas singulares dictadas para un grupo de personas, funcionarios o personal laboral, al servicio de unos determinados entes públicos frente a quienes o no gozan de esta condición y se rigen por otra normativa diferente, o aun gozando de la misma condición deciden no integrarse en aquéllos. Tampoco existe diferencia de trato proscrito por la Constitución si la diferencia de trato obedece al tipo de agencia en el que los empleados públicos se integran. El legislador tiene que atender debidamente la diversidad de situaciones para el buen fin del proceso de reorganización administrativa, lo que obliga a ofrecer tratamientos singulares y distintos por su misma naturaleza a quienes deciden integrarse en unas y otras agencias: todo ello, como afirmamos en la STC 148/1990, de 1 de octubre, FJ 3, «impide establecer entre ellos un igualitarismo jurídico sobre un determinado punto, ignorando las diferencias y desigualdades que en sus amplias y complejas configuraciones jurídicas existen».

Por las mismas razones debemos descartar la pretendida desigualdad –ahora en sentido inverso, esto es, en detrimento de quienes se integren en las nuevas agencias– que se provocará en el futuro, según los recurrentes, debido a la homogeneización de salarios que se derivaría de la letra f) de la disposición adicional cuarta. Por lo demás, dicha letra f) se limita en realidad a establecer que la masa salarial del personal laboral no se verá incrementada como consecuencia de la reordenación regulada en la Ley, sin que los recurrentes hayan razonado suficientemente la pertinencia de la premisa de la que parte su impugnación, esto es, no han acreditado cuándo y cómo se producirá efectivamente la pretendida homogeneización salarial; circunstancia que, desde la perspectiva actual, no deja de ser una mera hipótesis.

d) Por último, los recurrentes alegan que la integración de funcionarios en las agencias de régimen especial (arts. 8 y 11 de la Ley 1/2011) es forzosa y, como tal, contraria al art. 23.2 CE, al art. 81 LEEP (esto es, en la actualidad al art. 81 del Real Decreto Legislativo 5/2015) –en consecuencia, al art. 149.1.18 CE– y a la inamovilidad relativa que deriva del art. 103.3 CE. Dado que el reproche relativo al art. 103.3 CE ya ha sido abordado en el fundamento jurídico 6 de esta Sentencia, nos centraremos en la alegada vulneración del art. 23.2 CE.

Ciertamente, la disposición adicional cuarta declara que «la integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria» y deja abierta la posibilidad de que la integración en las agencias de régimen especial no sea voluntaria. La integración no voluntaria de determinados funcionarios en las agencias de régimen especial no constituye más que una posibilidad legal, no un mandato. Como ya hemos indicado al inicio de este fundamento jurídico, las reglas de la disposición adicional cuarta requieren todavía un desarrollo normativo que las concrete. Cuando se precisen los términos y criterios de integración, se estará en condiciones de proceder a examinar si las reglas que desarrollan la disposición adicional cuarta vulneran el principio de igualdad que dimana del art. 23.2 CE.

Por lo demás, incluso aunque la integración fuera forzosa, no constituiría un supuesto de movilidad forzosa: en efecto, la eventual integración forzosa del personal funcionario en las agencias de régimen especial no traería consigo la pérdida de la condición de funcionario de carrera ni afectaría a su estatus, pues, como establece explícitamente el art. 74.1 de la Ley 9/2007, el personal funcionario de las agencias de régimen especial se seguirá rigiendo en todo caso por la normativa aplicable en materia de función pública.

Por todo ello, debemos desestimar este motivo de impugnación.

10. Finalmente, se impugnan la disposición derogatoria única, por derogar expresamente una norma básica, en concreto el art. 9.2 LEEP (sustituido en la actualidad, con el mismo contenido, por el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015), y, subsidiariamente, la disposición adicional sexta por contradecirla. El contenido singular de esta impugnación obedece a la peculiar redacción de la disposición derogatoria única, la cual deroga los preceptos contenidos en otras normas y cuyo contenido se reproduce en la Ley 1/2011. Los recurrentes consideran que, si se entendiera que la Ley 1/2011 reproduce el contenido del art. 9.2 LEEP (en la disposición adicional sexta), por efecto de la disposición derogatoria única se produciría la derogación de dicho precepto estatal; y, en el caso de que el Tribunal Constitucional estime que no existe una reproducción exacta y que en consecuencia no se produce la referida derogación, solicitan que se declare inconstitucional la norma autonómica por vulnerar aquel precepto estatal. Nuestro control seguirá un orden lógico distinto, pues comenzaremos por la disposición adicional sexta y luego abordaremos la disposición derogatoria única.

a) La disposición adicional sexta («Ejercicio de potestades públicas») establece lo siguiente:

«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 corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública.»

La disposición adicional sexta de la Ley 9/2007 y el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, cuyo tenor literal ha sido transcrito en el fundamento jurídico 5, contienen una redacción casi idéntica. La única diferencia estriba en el inciso final. Mientras el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 se refiere a «en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca», la disposición adicional sexta de la Ley 9/2007 habla de «en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública».

Constituyendo el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 una norma básica dictada por el Estado con arreglo al título competencial «bases del régimen de los funcionarios públicos» previsto en el art. 149.1.18 CE, como declara la disposición final primera del

Real Decreto Legislativo 5/2015, cualquier norma que una Comunidad Autónoma adopte para su desarrollo debe ser considerada legislación de desarrollo en materia de función pública: esto es precisamente lo que afirma el inciso final de la disposición adicional sexta de la Ley 9/2007. Por lo demás, aunque incorpore el contenido de la norma básica en términos literales, la norma autonómica constituye una norma de desarrollo legislativo de aquélla. Desde esta perspectiva no se aprecia una contradicción material entre dicha disposición y lo que dispone el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, pues a cada Comunidad Autónoma le corresponde efectivamente desarrollar para cada una de las Administraciones públicas de su ámbito territorial la reserva mínima de funciones que ha establecido el Estado con carácter básico.

Por todo ello, debe rechazarse la impugnación de la disposición adicional sexta.

b) En cuanto a la disposición derogatoria única, nuestro control debe ceñirse al apartado 1, que es contra el que propiamente se dirige la tacha de inconstitucionalidad. El apartado 1 establece que «[q]uedan sin efecto todos los preceptos contenidos en otras normas y cuyo tenor se reproduce en la presente Ley, así como cuantas normas contradigan o se opongan a lo dispuesto en la misma».

La impugnación de los recurrentes se basa en una interpretación literal del precepto que, ciertamente, tiene un contenido algo peculiar, como reconoce el Letrado del Parlamento de Andalucía. Esa interpretación literal no es correcta, lo que no parecen ignorar los propios recurrentes, que expresamente exponen las razones de su controvertido contenido. En efecto, el contenido de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2011 procede de la disposición derogatoria única del Decreto-ley 6/2010, el cual a su vez tenía como finalidad derogar las previsiones del Decreto-ley 5/2010 y sustituirlas por las suyas. La Ley 1/2011, que supone la conversión del Decreto-ley 6/2010 en Ley, optó por mantener la redacción literal de la referida disposición, aunque en buena técnica legislativa hubiera sido más claro y sencillo derogar lisa y llanamente el Decreto-ley 6/2010. Por todo ello, se puede concluir que mediante la disposición derogatoria única no se pretendía derogar lo previsto en la normativa estatal, ni en concreto en el art. 9.2 LEEP, cuyo tenor literal se reproduce en dos ocasiones a lo largo de la propia Ley 1/2011 (en el art. 1.9 que da nueva redacción al art. 69.3 de la Ley 9/2007 y en la disposición adicional sexta).

En cualquier caso, la interpretación que realizan los recurrentes resulta asistemática. Es evidente que una norma autonómica no puede derogar una norma estatal básica, ni de forma directa, ni mediante el expediente de derogar la norma autonómica que la reproduce. Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y el autonómico no se rigen por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia. Todo lo más, una norma autonómica puede contradecir una norma estatal básica, incurriendo con ello en inconstitucionalidad mediata, siempre que la norma estatal sea efectivamente básica en el doble sentido, formal y material, requerido por la doctrina constitucional. Pero, como ya hemos indicado, eso no ocurre en el presente caso con respecto al art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015.

Por todo ello, debe rechazarse la impugnación de la disposición derogatoria única.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, al que se adhiere el Magistrado don Juan José González Rivas, a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2733-2011

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad mencionado, en los términos que expuse en la deliberación realizada en el Pleno.

Como tuve ocasión de señalar, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, constituye la mayor reforma que se ha hecho de la Administración pública andaluza desde su creación, y es además, en sí misma, una operación de gran envergadura y calado, político y jurídico, dado que viene a permitir la atribución de la gestión ordinaria de las funciones administrativas propias de la Administración pública, a entes instrumentales regidos fundamentalmente por el derecho privado y servidos por personal en régimen de derecho laboral.

Constituye así esta norma la manifestación más contundente de un fenómeno que ha sido objeto de abundante debate y crítica por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia administrativa, y que se conoce con el nombre de «huida del Derecho Administrativo», y que no es sino la tendencia creciente en todas las Administraciones públicas configuradas en torno a modelo del Derecho administrativo de corte continental-napoleónico, de recurrir de manera indiscriminada a órganos, procedimientos y técnicas de Derecho privado para el desarrollo de sus funciones, y que, alegando razones de pretendida «eficacia» en la actuación, pueden eludir *de facto* o *de iure* los controles y garantías propios del Derecho administrativo.

La proliferación de este fenómeno, tanto en la Administración del Estado como en la de las Comunidades Autónomas y los entes locales, ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina, tanto por los peligros y posibles excesos que conlleva –pues la elusión de los controles puede favorecer la impunidad– como, sobre todo, porque pone en cuestión la propia esencia de la Administración, como organización al servicio de los intereses generales, y del concepto de Derecho administrativo, como *corpus jurídico* dirigido a someter al principio de legalidad a un sujeto privilegiado –la Administración– que asume el encargo de gestionar los intereses colectivos de la sociedad.

Esta fuga viene pues, en última instancia, a quebrar el llamado *régime administratif*, que nace –en expresión de Garrido Falla– como un tercer camino en el intento de someter los actos de la Administración al Estado de Derecho, equidistante tanto de la *Fiskuslehre* como del *rule of law*, y en el cual se reconocen a la Administración determinadas prerrogativas o poderes exorbitantes, pero paralelamente, se somete a esa Administración a una vinculación jurídica más estrecha que a los sujetos privados, y al control de una jurisdicción especializada.

La Constitución española de 1978 no se limita a establecer la organización de los poderes del Estado y a garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, sino que consagra también una serie de principios rectores de la acción pública y una serie de garantías y controles del Gobierno y de la Administración. Nuestro texto fundamental contempla expresamente una reserva constitucional al Derecho administrativo en los artículos 103, 106 y 153, preceptos de los que cabe deducir la imposición de una serie límites al legislador a la hora de someter la actuación administrativa al Derecho privado.

No deja de ser cierto que la Constitución no contiene un criterio con validez general, que señale la frontera entre las actividades de la Administración sujetas necesariamente al Derecho administrativo, y aquellas otras que pueden organizarse y prestarse en régimen de Derecho privado, pero ello tampoco significa que las Administraciones públicas dispongan de una «incondicionada» libertad de elección entre el Derecho administrativo y el Derecho privado, pues la actividad pública constituida por funciones típicamente administrativas, en las que concurre el ejercicio de potestades públicas, ha de ser desarrollada en régimen de Derecho administrativo.

El principio de eficacia que consagra el art. 103 CE es sin duda un criterio de actuación que no debe subestimarse. La propia Constitución lo sitúa a la cabeza de los principios que deben guiar la función administrativa al servicio de los intereses generales. Pero la eficacia no constituye un valor absoluto, ante el que hayan de ceder todos los demás, pues el sometimiento pleno a la legalidad, «a la ley y al derecho», como afirma expresamente el art. 103.1 CE, es el principio sustantivo sobre el que se ordena nuestro sistema administrativo. Ese sometimiento no es a cualquier derecho, sino al Derecho administrativo, y va acompañado de una serie de instrumentos que lo protegen: la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la interdicción de arbitrariedad, el control del gasto público, etc. En definitiva, todos aquellos que se engloban bajo la búsqueda del interés general.

En este contexto, la Ley 1/2011 [art. 68.1 b)] tiene como principal novedad la modificación del concepto de «agencias públicas empresariales», para abrir a las mismas la posibilidad de realizar actividades de «promoción pública, prestaciones y de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado», y en ejecución «de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías». Y todo ello, en régimen de Derecho administrativo o de Derecho privado «según su particular gestión empresarial así lo requiera», salvo en las cuestiones relacionadas con la formación de voluntad de sus órganos y con el ejercicio de potestades administrativas que tengan atribuidas, que se someterán al Derecho administrativo (artículo 69.2, segundo párrafo).

La enunciación que acaba de transcribirse –y las varias macro-agencias que la propia Ley contempla– abren una posibilidad cierta de transferencia de la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía a estas denominadas agencias públicas empresariales, mediante el diseño de un sistema administrativo que viene a conceder preferencia a entidades que, aún bajo formas de personificación pública, actúan fundamentalmente en régimen de derecho privado y con personal sometido a derecho laboral.

Resulta oportuno recordar aquí, por ejemplo, el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, en Sentencia de 25 de febrero de 2011, recaída en relación con el Decreto 324/2009, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía, vino a señalar que «efectivamente, la fuga del derecho administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa y muchas veces oculta en normas auto-organizativas que ... no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor transcendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa.... La doctrina científica e instituciones como el Defensor del Pueblo insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos a través de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma en la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa, que precisamente tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración. No puede olvidarse que tales entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos (STC 35/1983, de 11 de mayo) y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración: arts. 9.3, 53.1, 103,1 y 6, 105.e) de la Constitución, entre otros».

El propio legislador andaluz parece, por otra parte, contradecirse a sí mismo, cuando, por ejemplo, en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, establece en términos categóricos que las entidades locales «no podrán crear agencias públicas empresariales para el ejercicio de actividades administrativas» (artículo 35.1). Es decir, en el mismo ordenamiento andaluz se exceptiona a la Administración autonómica de la prohibición que impone a las Administraciones locales, y no sólo eso, sino que convierte a la agencia pública empresarial en el eje para la gestión ordinaria de las actividades administrativas de la Comunidad Autónoma.

Por su parte, el art. 2.2 de la Ley 30/1992, dispone que las entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, tienen la consideración de Administraciones públicas y están sometidas a la propia Ley cuando ejerzan potestades administrativas. El precepto consagra pues una reserva expresa al Derecho administrativo para el ejercicio de potestades administrativas, que pone en cuestión la posibilidad de sometimiento generalizado a derecho privado, de las entidades jurídico-públicas que tienen atribuido el ejercicio de potestades administrativas.

A mi juicio, y sin prejuzgar cuál habría debido ser el sentido del fallo, la Sentencia de la que discrepo debería –al menos– haberse planteado una legítima duda sobre la constitucionalidad de una ley que apuesta por una gestión generalizada de las competencias ordinarias de la Administración de la Junta de Andalucía a través de entidades instrumentales de naturaleza empresarial, que cumplen funciones propias de las Administraciones públicas, mediante la regulación de una figura híbrida que, a través de una confusa referencia a la doctrina de los actos separables, no viene sino a elaborar en favor de estas entidades una especie de «traje a medida», que pretende aunar las ventajas de la atribución de potestades propias del poder público, sin los inconvenientes de la sujeción plena a las garantías del Derecho público, y, con ello, a remodelar las instituciones hasta hacerlas irreconocibles. La mera referencia apodíctica al art. 103.1 CE, que se realiza en el fundamento jurídico 5 c), resulta a todas luces insuficiente y obvia el necesario examen doctrinal que, en mi opinión, debería haberse realizado.

Por todo ello emito mi Voto particular.

Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil quince.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Juan José González Rivas.–Firmado y rubricado.