

INFORME SSCC 2021/149 ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LOS CUERPOS SUPERIOR Y TÉCNICO DE INTERVENCIÓN Y AUDITORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

Asunto: Disposiciones de carácter general. Ley. Personal del sector público. Funcionarios de carrera. Función Pública.

Remitido por la Ilma. Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea Anteproyecto de Ley referenciado para su informe, conforme al artículo 78.2.a) del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se formulan los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2021 se ha recibido Anteproyecto de ley mencionado “*ut supra*”, en los servicios centrales del Gabinete Jurídico, adjuntándose a la petición de informe, junto con dicho Anteproyecto de Ley, la documentación correspondiente al expediente relativo a su elaboración.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El presente anteproyecto de ley tiene por objeto, siguiendo su artículo 1, la creación del Cuerpo Superior de Intervención y Auditoría de la Administración de la Junta de Andalucía y del Cuerpo Técnico de Intervención y Auditoría de la Administración de la Junta de Andalucía.

SEGUNDA.- Las competencias de la Comunidad Autónoma en cuya virtud se fundamenta el proyecto, según su parte expositiva, se hallan en el artículo 76 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia en materia de “*función pública*”, en los términos que transcribiremos a continuación.

Así, conforme a dicho precepto:

“Artículo 76. Función pública y estadística

1. En materia de función pública corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en los términos del artículo 149.1.18ª de la Constitución.

2. Corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de función pública y personal al servicio de la Administración, respetando el principio de autonomía local:



Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 1 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIzmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



a) La competencia exclusiva sobre la planificación, organización general, la formación y la acción social de su función pública en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma.

b) La competencia compartida sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones andaluzas.

c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

Igualmente teniendo en cuenta las funciones atribuidas a los Cuerpos de funcionarios creados cabría aludir a las competencias que tendría atribuidas la Comunidad Autónoma en relación con el sector público (supervisión continua), así como en materia de Hacienda Pública.

En el primero de los sentidos indicados, tales competencias se hallarían en el artículo 47 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo. En efecto podría invocarse aquí el artículo 47.1.1ª sobre estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y sus organismos autónomos.

De esta forma, determinaría el mencionado artículo 47 del EAA:

“Artículo 47. Administraciones Públicas andaluzas

1. Son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma :

1ª El procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma , la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos .”

Asimismo, conforme al artículo 158 del EAA:

“ Entes instrumentales.

La Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia.”

En cuanto a las competencias en materia de Hacienda autonómica o propia, es lo cierto que las competencias autonómicas en materia de económico financiera o en relación con la propia Hacienda Regional, en las que cabría encuadrar las relativas al control interno de dicha gestión, no aparecerían contempladas como tales en la Constitución (artículo 148) ni en el Estatuto de Autonomía, no obstante cabría deducirlas del conjunto de los preceptos constitucionales como así lo habría reconocido el Tribunal Constitucional.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 2 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThlZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



En tal sentido, siguiendo la STC 192/2000, FJ 6º,:

“Tampoco puede dejar de considerarse que, como también hemos dicho, la expresada competencia del Estado, «ex» art. 149.1.14 CE, no es obstáculo para que deba admitirse que la Hacienda privativa de las Comunidades Autónomas «es materia propia de dichas Comunidades, bien que para alcanzar esta conclusión las opiniones a veces tomen pie en preceptos diversos, como pueden ser el art. 156 CE, que les atribuye autonomía financiera, el 157.3, referente al ejercicio de competencias financieras..., o incluso por mor de lo admitido en el art. 149.3 CE., por tratarse de una materia no expresamente atribuida al Estado..., pudiéndose resumir tales criterios prácticamente unánimes en el sentido de que, aun sin manifestación expresa en el art. 148 CE, del espíritu de su conjunto normativo se desprende que la organización de su Hacienda es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma» (STC 14/1986, de 31 de enero [RTC 1986, 14]).”

En análogo sentido, la STC 14/1986, de 31 de enero, citada recientemente en el párrafo transcrito señala que:

“Nuestra doctrina científica ha tratado con cierta profusión la cuestión que nos ocupa y puede decirse que es concorde en señalar que atribuida al Estado la competencia exclusiva en materia de «Hacienda General» (149.1.14 de la C. E.), sin que figure en ningún momento entre las que puedan atribuirse a las Comunidades Autónomas la «Hacienda regional» o cualquier otra locución similar que induzca a subsumir las cuestiones de tal índole en el ámbito propio de las funciones a desarrollar por las Comunidades Autónomas (art. 148 de la C. E.), ello no es obstáculo a que deba admitirse que su hacienda privativa es materia propia de dichas Comunidades, bien que para alcanzar esta conclusión las opiniones a veces tomen pie en preceptos diversos, como pueden ser el artículo 156 de la C. E., que les atribuye autonomía financiera, el 157.3 referente al «ejercicio de las competencias financieras», con previsión de su desarrollo por Ley Orgánica, como así lo ha sido, o incluso por mor de lo admitido en el art. 149.3 de la C. E., por tratarse de una materia no expresamente atribuida al Estado por la C. y que por ello puede ser asumida por los Estatutos de Autonomía, pudiéndose resumir tales criterios prácticamente unánimes en el sentido de que, aun sin manifestación expresa incluida en el art. 148 de la C. E., del espíritu de su conjunto normativo se desprende que la organización de su Hacienda es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma.”

De acuerdo con tales pronunciamientos el EAA optaría por el tratamiento de esta materia mediante la fórmula del reconocimiento de la disponibilidad de su propia Hacienda por parte de la Comunidad Autónoma, incidiendo en el carácter instrumental de la misma con respecto al ejercicio de las diferentes competencias materiales que dicha Comunidad tiene atribuidas en lugar de acudir a la fórmula de la atribución competencial. Así conforme al artículo 176.1 del EAA *“La Junta de Andalucía contará con patrimonio y hacienda propios para el desempeño de sus competencias”*.

En atención a todas estas previsiones estatutarias cabría concluir que la Comunidad Autónoma contaría con títulos competenciales suficientes para abordar la regulación propuesta.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 3 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



TERCERA.- Por lo que se refiere al marco normativo en el que se encuadra el presente proyecto, cabría hacer referencia, en el ámbito estatal, al texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto-legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Así como a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En el ámbito autonómico al Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de marzo y a la Ley 6/1985, de 28 de Noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

CUARTA.- Desde el punto de vista procedimental, la iniciativa legislativa se encuentra regulada en el artículo 43 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Junto a ello debe considerarse el Acuerdo de 22 de octubre de 2002, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban instrucciones sobre el procedimiento para la elaboración de anteproyectos de ley y disposiciones reglamentarias competencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

También ha de considerarse lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dedica su Título VI “*De la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones*” a esta materia introduciendo importantes novedades, posteriormente afectadas por la STC 55/2018, de 24 de mayo.

En el presente caso se habría observado en lo fundamental lo prescrito por la normativa referenciada sin perjuicio de lo indicado a continuación.

4.1.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “*En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios*”.

Respecto a dicha exigencia, se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Andalucía en Dictamen n.º 242/2017, de 16 de mayo, indicando lo siguiente:

“(…) el Consejo Consultivo echa en falta una memoria justificativa en la que expresamente se valore el cumplimiento de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas (...) El artículo 129 de la Ley 39/2015 dispone que en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios. Sin embargo, dicha declaración no es una pura formalidad, sino que debe guardar coherencia con la documentación obrante en el expediente, en la que debe quedar constancia del análisis del cumplimiento de dichos principios. En este caso, como se indica en el anterior fundamento jurídico, no existe una memoria o documento equivalente que permita considerar efectuado dicho análisis y, por ende, resulta cuestionable la declaración que se formula en la exposición de motivos”.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 4 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIzMUbEK7MWfIB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



En nuestro caso se habría incluido, en la parte expositiva del Anteproyecto de Ley, la referencia al cumplimiento por parte del proyecto normativo que nos ocupa, de los principios de buena regulación, concretamente los principios de “necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia”, figurando asimismo incorporada al expediente una memoria detallada que lo justifica. En cualquier caso el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, habría sido declarado como no aplicable, en cuanto afecta a la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas, en la STC de 24 de mayo de 2018.

Por otra parte, habría de incorporarse al expediente una Memoria relativa a los diferentes aspectos contemplados en el artículo 7 apartados 2 y 3 del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de Administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía, en particular, por ejemplo, de lo indicado en el artículo 7.2 g) [g) Cuando se regule un procedimiento administrativo, se expondrán los factores tenidos en cuenta para fijar su plazo máximo de duración, así como una previsión de su impacto organizativo y de los recursos de personal para su óptima gestión] en relación con el procedimiento de integración contemplado en la Disposición Adicional Primera del Anteproyecto de Ley.

4.2.- Conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma”. Consta en el expediente la Resolución de apertura de dicho trámite, en el mismo parece que existiría un error en cuanto que se aludiría a la apertura de dicho trámite en relación con el “Reglamento de intervención”, siendo recomendable su subsanación. En cualquier caso, cabría poner de manifiesto aquí cómo el artículo 133.1 anteriormente referenciado habría resultado afectado por la STC 55/18 de 24 de mayo, [FJ 7.b)] que lo habría declarado contrario al orden constitucional de competencias y, en consecuencia, no aplicable a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas (STC 50/1999, FFJJ 7 y 8), por lo que no cabría hacer aquí objeción sobre el particular. Sin que tampoco se considere aplicable al presente expediente por razones cronológicas la nueva redacción dada al artículo 43.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de Andalucía, por el artículo 13 del Decreto-ley 26/2021, de 14 de diciembre, por el que se adoptan medidas de simplificación administrativa y mejora de la calidad regulatoria para la reactivación económica en Andalucía.

4.3.- No figuraría incorporado al expediente el Índice de la documentación que comprende el mismo, así como otros documentos, así los concernientes a la realización efectiva del trámite de audiencia mediante la notificación a las distintos órganos o entidades. Lo que habría de subsanarse.

4.4.- Recordamos la necesidad de recabar el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía, ex artículo 17.2 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

QUINTA. Se recomienda dejar constancia en el expediente de que el Anteproyecto de ley fue publicado cuando, tras su preceptiva elevación por la Consejería competente al Consejo de Gobierno, fue conocido por éste, según así dispone el artículo 13.1.b) de la 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 5 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



Se recuerda que, cuando se solicitara el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía y, en su caso, el del Consejo Económico y Social de Andalucía, debería publicarse también el Anteproyecto, dándose cumplimiento así a la exigencia para ello del artículo 7.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y del artículo 13.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, sin perjuicio de que posteriormente, tras la aprobación del proyecto por el Consejo de Gobierno, éste se publique como preceptúa el artículo 13.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Por último, también debería constar que se habrían publicado las memorias e informes que conformen el expediente de elaboración de este texto normativo con ocasión de la publicidad del mismo, en cumplimiento así del artículo 7.d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y del artículo 13.1.d) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

SEXTA.- En cuanto a la estructura, que razonamos correcta, el borrador consta de siete artículos, cuatro disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, tres disposiciones finales y un Anexo.

SÉPTIMA. Sobre el texto normativo habríamos de exponer las siguientes consideraciones jurídicas.

7.1.- Parte Expositiva. En el párrafo octavo cabría mejorar su redacción, pues el artículo 176.1 no atribuiría competencias a la Comunidad Autónoma sino que indicaría que la misma dispondrá de Hacienda y patrimonio propios para el desempeño de sus competencias. Asimismo en el artículo 189.3 del EAA se contemplarían el adecuado control económico financiero y de eficacia como principios relativos a la ejecución del gasto público, sin que dicho precepto se formule tampoco como atributivo de competencias según su literalidad. Finalmente, al objeto de mejorar la redacción de dicho párrafo de la Parte Expositiva, cabría poner de manifiesto que el artículo 189 del EAA no contempla competencias de *“revisión e inspección de prestaciones y la lucha contra el fraude en la percepción y empleo del gasto público”*.

En el párrafo décimo se recomienda mejorar igualmente la redacción del inciso relativo al objeto de la función de supervisión continua, a fin de respetar el tenor literal de los artículos 81.2 del a Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y el artículo 96 bis.2 del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobado en virtud del Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de marzo (en adelante TRLGHPJA) alusivos, por ejemplo, a la función u objetivo de verificar la *“sostenibilidad financiera”* de las entidades sometidas al mismo, así como, en el caso del segundo de los artículos citados, a la de verificar *“la concurrencia de las causas que justifiquen su permanencia como el medio más idóneo para lograr los fines que tengan asignados.”*

7.2.- Artículo 4. No se mencionaría el título de doctor que sin embargo sí aparecería tanto en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública como en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 6/1985, de 28 de Noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en relación con el Grupo A, preceptos a que debería atenderse de acuerdo con la equivalencia contemplada en la Disposición Transitoria Tercera.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en virtud del Real Decreto-legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en adelante TREBEP.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 6 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



7.3.- Artículo 6. En relación con las funciones atribuidas al Cuerpo Técnico se aludiría al apoyo técnico a las funciones atribuidas al Cuerpo Superior de Intervención y Auditoría en materia de supervisión continua y “auditoría operativa”. En cuanto a la supervisión continua en la Parte Expositiva del Anteproyecto se pondría en relación tal función con las previsiones incorporadas a los artículos 96 bis y 96 ter del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía aprobada en virtud del Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de marzo, que efectivamente vendrían a perfilar tal concepto.

Respecto a la auditoría operativa no aparecería ninguna alusión en tal sentido o referencia normativa en el texto del Anteproyecto de Ley. Parece que con tal denominación se aludiría a la función contemplada en el artículo 93.3.c) del TRLHPJA, lo que resultaría recomendable aclarar por razones de seguridad jurídica.

Por otra parte, téngase en cuenta que respecto del Cuerpo Técnico de Intervención y Auditoría no se contemplaría en el Anteproyecto de Ley la posible integración en dicho cuerpo de los funcionarios que vinieran desempeñando anteriormente las funciones que se atribuyen a dichos Cuerpos, ello, según se razonaría en la Exposición de Motivos, por tratarse de funciones nuevas, “recientemente incorporadas” a las competencias de la Intervención General mediante la adición del Capítulo III del Título V del TRLGHPJA por la Ley 6/2019, de 19 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2020. Por ello a fin de que tal motivación resultara reforzada habría de aparecer justificado en el expediente concerniente al Anteproyecto de Ley que nos ocupa cómo las funciones a asumir por el nuevo Cuerpo Técnico fueren fundamentalmente las de supervisión continua, es decir, funciones asumidas recientemente “ex novo” por la Intervención General, sin aludirse en el texto del Anteproyecto de Ley a dichas funciones al mismo nivel o equivalente a estos efectos, que el de otras funciones que pudieran venirse desarrollando con anterioridad por la Intervención General, por ejemplo, las de “auditoría operativa”.

Finalmente recordaremos la necesidad de mantener en dicho artículo una mayor coherencia terminológica con lo establecido, a su vez, en el artículo 3.1. Ello en el sentido, por ejemplo, de que éste último no aludiría a la auditoría operativa y sí a la contabilidad pública, noción, ésta última que, sin embargo, no aparecería en el artículo 6 del Anteproyecto de Ley. Lo que advertiremos salvo que las funciones de apoyo del Cuerpo Técnico pretendieran limitarse de forma que no se proyectaran sobre la totalidad de las contempladas a su vez, en el artículo 3, como atribuidas al Cuerpo Superior.

Por otra parte y enlazando igualmente con la seguridad jurídica, en los diferentes incisos del artículo 6 se aludiría, de una parte, al “apoyo técnico” y, de otra parte, al simple “apoyo” por parte del Cuerpo Técnico a las funciones atribuidas al Cuerpo Superior, desconociéndose si tales expresiones se emplearían con un alcance o sentido diferente o no.

7.4.- Artículo 7. En la misma línea anteriormente indicada en la Consideración Jurídica 8.2 del presente informe, advertiremos cómo no se mencionaría el título de Formación Profesional de Tercer Grado que sin embargo sí aparecería tanto en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública como en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 6/1985, de 28 de Noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en relación con el Grupo B, a que debería atenderse de acuerdo con la equivalencia contemplada en la Disposición Transitoria Tercera.1 y 2 del TREBEP.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 7 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThlZmUbEK7MWfIB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



7.5.- Disposición Adicional Primera. Régimen de integración en el Cuerpo Superior de Intervención y Auditoría de la Administración de la Junta de Andalucía.

7.5.1.- Disposición Adicional Primera.1.a) y b). En los dos subapartados a) y b) “*in fine*” se aludiría a la posibilidad de computar como ocupación definitiva de un puesto, a los efectos de acreditación del período requerido previamente, tanto la ocupación provisional cuando, sin solución de continuidad, el mismo se haya ocupado como definitivo, como la ocupación definitiva en cuerpos de otras Administraciones que realicen funciones sustancialmente coincidentes con las del Cuerpo Superior.

Sobre el particular surge la duda de si a tal efecto cabría tener en cuenta también el tiempo de permanencia en determinadas situaciones (servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares o excedencia por razón de violencia de género o violencia terrorista), tal y como se habría efectuado en la Disposición Adicional Primera.b), a los efectos de admitir en el procedimiento de integración a los funcionarios que se encuentren en las mismas en el momento de entrada en vigor del Anteproyecto de Ley y por coherencia con tal opción. En efecto cabría poner de manifiesto cómo en la medida en que el EBEP establecería que el tiempo de permanencia en tales situaciones “*será computable a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos del régimen de Seguridad Social*” (servicios especiales, artículo 87.2 del TREBEP), “*trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social*” (excedencia por cuidado de familiares, artículo 89.4 del TREBEP), “*antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación*” (excedencia por razón de violencia de género y violencia terrorista, artículo 89.5 y 6 del TREBEP), cabría extraer de dicha norma legal una orientación clara en torno a la finalidad u objetivo de favorecer que el pase a las situaciones mencionadas no perjudique la carrera de los empleados públicos, objetivo en el que cabría subsumir el procedimiento de integración contemplado en la Disposición Adicional Primera que nos ocupa en cuanto que el mismo resultaría comprendido o sería asimilable a una promoción interna horizontal tal y como la misma, en cuanto que integrante de la carrera profesional de los empleados públicos, así como ésta última, es decir, la carrera profesional, se definirían en el TREBEP (artículos 16.3.d) “*acceso a cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional*” y 16.2 del TREBEP). Ello aún siendo lo cierto que las previsiones recientemente transcritas del EBEP supondrían una especie de ficción en favor de los funcionarios al equipararse la permanencia en tales situaciones con el desempeño efectivo de un puesto a efectos de su carrera profesional lo que no dejaría de situarlos en una posición de cierto privilegio tal y como habría reconocido el propio Tribunal Constitucional, en relación, por ejemplo, con la situación de servicios especiales (STC 99/1987), pero que atiende también a la necesidad de satisfacer determinados fines de interés general o de protección de los mismos o de su desempeño profesional que, en definitiva, constituirían la base legitimadora de tales medidas legales.

7.5.2.- Por otra parte, en el último inciso de los apartados 1.a) y 1.b) se indica que “*podrá asimismo computarse el tiempo de ocupación definitiva con las mismas condiciones anteriores en cuerpos de otras Administraciones Públicas*”. En relación con tal expresión habríamos de advertir que podría suscitar dudas en relación con la dicción del inciso precedente “*se computará*”, en el sentido, de si el cómputo resultaría en este caso potestativo o discrecional, sin que se entienda el sentido de tal diferencia. Por otra parte, como mejora en la redacción, se propone aludir a la ocupación definitiva en “*puestos pertenecientes a cuerpos de otras Administraciones Públicas (...)*”, en lugar de a la ocupación definitiva en “*cuerpos*”.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 8 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



7.5.3.- En la Disposición Adicional Primera.1.a) se admitiría en el proceso de integración al personal funcionario que a la entrada en vigor del Anteproyecto de Ley se encuentre ocupando con carácter definitivo alguno de los puestos de trabajo cuyas funciones se corresponden con las previstas en el artículo 3 y se acredite que dicha ocupación se hubiera producido de forma continuada en los cinco años inmediatamente anteriores a la mencionada entrada en vigor. Señalándose a continuación que a tales efectos “se computará como ocupación definitiva la provisional de un puesto que, sin solución de continuidad, después se hay ocupado con carácter definitivo”. En relación con éste último inciso surge la duda de si, más allá del cómputo del período de la situación de ocupación provisional del puesto previa a su ocupación definitiva sin solución de continuidad, ello al efecto de la concurrencia del requisito de los cinco años de ocupación continuada, se estaría admitiendo igualmente la posibilidad de integración de aquellos funcionarios que en el momento de entrada en vigor de la Ley se encuentren en situación de adscripción provisional que pudiera devenir sin solución de continuidad ulteriormente definitiva en el plazo de presentación de las solicitudes relativas a la integración. Ello siempre que reúnan también el requisito de la ocupación continuada durante 5 años, computando a tal efecto el período de ocupación provisional previo a la ocupación definitiva sin solución de continuidad del correspondiente puesto.

7.5.4.-En el apartado 2 se aludiría a que el plazo para la solicitud de integración se computará desde la entrada en vigor de la Ley. En el párrafo siguiente se contemplaría, a su vez, la aprobación por parte de la Consejería competente del correspondiente formulario. En cuanto que la aprobación de dicho formulario sería necesaria al objeto de poder presentar la solicitud parece lo adecuado el que se establezca en el Anteproyecto un plazo para la aprobación del formulario, siendo así que, a partir de dicha aprobación, comience, a su vez, el plazo para presentar la solicitud.

Del párrafo tercero de esta Disposición Adicional Primera.2 parece deducirse la existencia de una única “orden de integración”, en lugar de una orden por solicitud, aunque sería éste un extremo que no se deduciría con total claridad del proyecto. Por otra parte, el plazo máximo para resolver se computaría para cada solicitud, según el Anteproyecto de Ley que nos ocupa, en los términos contemplados por la normativa básica para los procedimientos iniciados a instancia del interesado. Esto último no parece coherente con lo mencionado en primer término.

Por otra parte en relación con el cómputo de dicho plazo máximo para resolver, sin perjuicio de lo recientemente indicado, recordaremos la necesidad de citar y reproducir el tenor literal del artículo 21.3.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de acuerdo con la técnica “*lex repetita*”.

En definitiva se somete a su consideración la posible articulación o establecimiento de una convocatoria y tramitación conjunta y única del procedimiento de integración respecto de todos los solicitantes.

7.5.5.- En el apartado 3 se prevería que el personal funcionario de carrera integrado en el nuevo cuerpo “quedará en situación de excedencia voluntaria en el cuerpo de procedencia”. Se estaría así haciendo aplicación de los distintos preceptos que preverían la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad o excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público [artículo 29.3.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y artículo 15 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento de Situaciones administrativas de la funcionarios civiles del Estado.]

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 9 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThlZmUbEK7MWfIB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



En el informe evacuado en el curso del expediente, la Secretaría General para la Administración Pública objetaría tal opción señalando que *“conforme a lo establecido en los artículos 85.2.b) y 88.2 del TREBEP, la posibilidad de pertenecer a más de un Cuerpo de funcionarios es posible cuando se accede por oposición, promoción interna o por cualquiera de los procedimientos selectivos establecidos legalmente o cuando la integración se produce en otra Administración, derivado de un proceso de transferencias de servicios.”*, no resultando posible mantener latente el Cuerpo al que se pertenece en la actualidad, que es requisito para integrarse en otro cuerpo de la Administración, sin proceso selectivo alguno.

Sobre el particular cabría reseñar cómo el TREBEP no contemplaría la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad (artículo 85.1 del EBEP), si bien remitiría a las leyes de función pública que pudieran dictarse en desarrollo del mismo la posible regulación de dicha situación (artículo 85.2).

Así conforme al artículo 85 del EBEP:

“Artículo 85. Situaciones administrativas de los funcionarios de carrera

1. Los funcionarios de carrera se hallarán en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Servicio activo.*
- b) Servicios especiales.*
- c) Servicio en otras Administraciones Públicas.*
- d) Excedencia.*
- e) Suspensión de funciones.*

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando concurra, entre otras, alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo.

b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera.

Dicha regulación, según la situación administrativa de que se trate, podrá conllevar garantías de índole retributiva o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo.”

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 10 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



En nuestra Comunidad Autónoma no se habría aprobado aún la mencionada Ley de Función Pública en desarrollo del EBEP, encontrándose la misma en tramitación actualmente según Anteproyecto de Ley que contemplaría efectivamente la situación de excedencia por incompatibilidad. En cualquier caso, en tales circunstancias, es decir, en tanto se aprueben las correspondientes Leyes en desarrollo del EBEP, tanto doctrina como los Tribunales habrían admitido la subsistencia de la mencionada situación administrativa. Así, por ejemplo, reproduciremos a continuación los razonamientos de la stc del TSJ de Cataluña 10/2014, de 9 de enero, JUR 2014/49915:

“La cuestión que debe plantearse a continuación es el alcance de la Disposición Final Cuarta del EBEP que se refiere a la “Entrada en vigor” de la Ley y que debe ponerse en relación con su Disposición Derogatoria.

Previamente conviene advertir que la tarea de armonizar los preceptos del EBEP que han entrado en vigor, con las normas que permanecen vigentes no es fácil en bastantes casos, debiendo analizarse casuísticamente hasta qué punto ha de mantenerse la eficacia de la normativa anterior o como se ve afectada por el EBEP, teniendo además siempre en cuenta que el EBEP contiene principios que requieren concreciones de desarrollo mediante las normas legales y reglamentarias que materialicen con carácter particular sus previsiones generales.

La Disposición Final Cuarta establece lo siguiente:

“1. El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el <Boletín Oficial del Estado>.

2. No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2 y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten el desarrollo de este Estatuto.

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas, que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.”

Como puede apreciarse el apartado 3 del precepto transcrito (cuyo redactado no se refiere a Capítulos ni a Títulos concretos del EBEP) dispone el mantenimiento de la vigencia de las normas sobre “ordenación, planificación y gestión de recursos humanos” hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, con la única condición de que no se opongan a lo establecido en el EBEP.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 11 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



Esta previsión ha de relacionarse con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única, que al ordenar la derogación de las disposiciones que en ella se citan, así como de las normas que se opongan a lo dispuesto en el EBEP, lo hace "con el alcance establecido en la disposición final cuarta". Por tanto y con carácter general dicha derogación no tendrá efecto hasta que se dicten las correspondientes Leyes de Función Pública, siempre que las normas de que se trate no se opongan al EBEP.

En definitiva el mantenimiento de la vigencia de las normas preexistentes al EBEP no hay que referirla únicamente a aquellas normas que regulan las materias que son objeto de los preceptos del EBEP respecto de las que el apartado 2 de la Disposición Final Cuarta dispone que producirán efectos a partir de la entrada en vigor de la correspondiente Ley de Función Pública, sino que abarca a cualquier norma sobre "ordenación, planificación y gestión de recursos humanos" (términos que engloban todo el régimen jurídico de los empleados públicos), incluso sobre materias objeto de preceptos que han entrado en vigor, siempre que, lógicamente, aquella norma no resulte contraria a lo previsto en el EBEP.

A la vista de lo expuesto entendemos que por aplicación de la Disposición Final Cuarta del EBEP las situaciones administrativas de expectativa de destino, excedencia forzosa, excedencia voluntaria por prestación de servicios del sector público y excedencia voluntaria incentivada permanecen vigentes, dado que no contradicen lo dispuesto en el EBEP. Y tales situaciones perviven pues están contempladas en el artículo 29 de la Ley 30/1984 y su desarrollo reglamentario por Real Decreto 255/2006 (RCL 2006, 473), el 3 marzo, que modificó algunos aspectos del Real Decreto 375/1995, de 10 marzo (RCL 1995, 1202), por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado. Por otra parte el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 diciembre (RCL 1985, 14), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas que no ha sido derogado por el EBEP, se refiere a la situación de excedencia voluntaria por acceder a un nuevo puesto del sector público."

En el mismo sentido, así lo entiende la doctrina pues aún cuando el EBEP hubiera derogado el artículo 29.3 del EBEP, se mantiene vigente el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública que motivó el inciso legal primeramente citado (Federico A. Castillo Blanco. Comentarios a la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público. Lex Nova. Valladolid. 2007).

Así, conforme al mencionado artículo 10:

"Artículo 10. [Derecho de opción entre puestos públicos incompatibles. Plazo para su ejercicio y para solicitar la compatibilidad]

Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión.

A falta de opción en el plazo señalado se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 12 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del aludido plazo de toma de posesión, entendiéndose éste prorrogado en tanto recae resolución.”

Sentado lo anterior, en cuanto a la interpretación efectuada por la SGAP conforme a la cual el EBEP acotaría la aplicación de dicha situación a aquellos supuestos en que se hubiera accedido a un segundo puesto en el sector público mediante un procedimiento selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad, es lo cierto, que la normativa de aplicación no recogería tal previsión de forma expresa o clara. En tal sentido más allá de la alusión del artículo 85.2.b) a que los funcionarios accedan, *“bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso”* a otros cuerpos o escalas, que cabría apreciar a nuestro juicio como suficientemente genérica para que pudieran subsumirse en el mismo los supuestos de acceso mediante integración en un Cuerpo de nueva creación, los artículos 29.3.a) de la LMRFP y 15 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, de situaciones administrativas de funcionarios civiles del Estado, aludirían, al definir el presupuesto fáctico de tal situación, a que podrán declararse en la misma *“aquellos funcionarios que se encuentren en servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubieran obtenido la oportuna compatibilidad”*, sin contemplar la exigencia de que el acceso a este otro cuerpo se hubiera producido a través de un procedimiento que reúna unas características determinadas.

Finalmente el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, aludiría a aquellos funcionarios que accedan *“por cualquier título”* a un nuevo puesto en el sector público, expresión que tampoco parece restringir la posible aplicación de esta situación a los supuestos de acceso a través de un procedimiento selectivo como la oposición, promoción interna etc. vedando su aplicación en los supuestos en que la vía de ingreso pudiera ser la integración conforme a los requisitos y el procedimiento legalmente establecidos como sucedería en este caso.

Finalmente cabría poner de manifiesto la discrecionalidad reconocida a las Comunidades Autónomas a la hora de regular esta situación conforme al artículo 85.2 del EBEP, tal y como ha reconocido la doctrina.

Por ello, aún cuando se habría detectado algún pronunciamiento judicial que acogiera la posición de la SGAP sobre esta cuestión (stc del TSJ del País Vasco 796/2000, de 7 de julio, RJCA 2000/2107, bien es cierto que en un supuesto en que el cuerpo de origen se declararía a extinguir a partir de la creación del nuevo y la previsión del correspondiente procedimiento de integración), no formularemos objeción a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera.3 del Anteproyecto de Ley.

7.6.- Disposición Adicional Segunda. En el párrafo inicial se contemplaría la correspondiente adaptación de la RPT en función de la orden de integración que pudiera ultimar el procedimiento contemplado, a su vez, en la Disposición Adicional Primera. Sobre el particular habríamos de advertir que el Anteproyecto de Ley no incorporaría ninguna alusión a cómo hubiera de resolverse la correspondiente provisión de los puestos creados.

En relación con el párrafo segundo de esta Disposición Adicional, en cuanto que no parece establecer un régimen excepcional o regular algún supuesto concreto frente al régimen general de los puestos pertenecientes al Cuerpo Superior y al Cuerpo Técnico, en lo relativo a la exclusividad de la adscripción de los puestos y el desempeño de dichos puestos por el personal perteneciente al Cuerpo, ni tampoco se refiere al

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 13 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



procedimiento de integración o sus resultados, parece que, desde un punto de vista sistemático, habría de incorporarse más bien al articulado del Anteproyecto de Ley. Sin perjuicio de las modulaciones o previsiones específicas que sobre este particular pudieran, en su caso, incorporarse a las Disposiciones Adicionales del mismo.

Por otra parte, el inciso final de este párrafo segundo parece que habría de indicar más bien *“mientras permanezca en activo en dicho cuerpo o especialidad, solo podrá desempeñar puestos adscritos a los mismos”*, pues los actuales términos sumamente genéricos no se compadecerían con la seguridad jurídica y podrían sugerir interpretaciones que vinieran a limitar en exceso el derecho de acceso a la función pública, así como los derechos a la carrera profesional, movilidad etc. de quienes ya ostenten la condición de funcionarios públicos.

Finalmente en cuanto a la adscripción en exclusiva de los puestos a los nuevos Cuerpos creados *“dicha adscripción únicamente podrá efectuarse cuando derive necesariamente de la naturaleza de las funciones a desempeñar en el puesto o grupo de puesto”* (artículo 7.2 del Decreto 390/1986, de 10 de diciembre, relativo a la elaboración de la Relación de Puesto de Trabajo).

En este supuesto concreto el Consejo Consultivo, en su Dictamen 578/2020 habría señalado lo siguiente: *“Efectivamente, como ha manifestado el Tribunal Supremo, lo relevante para que proceda la adscripción en exclusiva es la naturaleza de las funciones a desempeñar y dicha reserva parece lógica desde el momento en que se justifica la creación del cuerpo por la singularidad de las funciones a desarrollar y la especial idoneidad que se exige a sus integrantes”*.

De acuerdo con tales Antecedentes se recomienda incorporar a la Parte Expositiva de la norma que nos ocupa referencia a la justificación o motivación de la adscripción exclusiva de los puestos en línea con la motivación o justificación que ya figura incorporada a dicha Parte Expositiva en cuanto a la necesidad misma de creación de los Cuerpos (artículos 20.2 de la Ley 6/1985, de 28 de Noviembre, del a Función Pública de Andalucía y artículo 75 del TREBEP aprobado en virtud del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

7.7.- Disposición Adicional Cuarta. Se incorporaría una habilitación a la Consejería con competencias en materia de Administración Pública para adecuar *“la modificación de la relación de puestos de trabajo”* a lo previsto en esta ley. Sin perjuicio de la adecuación de tal expresión desde el punto de vista de su dicción, cabría advertir que no se aclararía en la norma cuál sería la RPT modificada, o qué alcance tendría tal adaptación o modificación (si existe actualmente una RPT de la Intervención General, puestos afectados por la modificación etc.). Ello, en particular, por ejemplo, en relación con la adaptación o modificación prevista, a su vez, en la Disposición Adicional Segunda del propio Anteproyecto.

7.8.- Disposición Transitoria Primera. En relación con el último inciso [*“A tal efecto se procederá a la modificación de la relación de puestos de trabajo mediante la extinción de la adscripción preferente al Cuerpo para sustituirla por la adscripción exclusiva (...)”*]. Surgen dudas acerca de su ubicación sistemática y sobre su relación con lo establecido, a su vez, en la Disposición Adicional Segunda.2 y la Disposición Adicional Cuarta del Anteproyecto de Ley, pareciendo más adecuado incorporar a dicho texto la correspondiente previsión general sobre adaptación de la RPT en este concreto aspecto (adscripción en exclusiva de los pues-

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 14 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



tos), no vinculada únicamente a los puestos ocupados por funcionarios que no se integren en los nuevos Cuerpos a que alude en su inciso inicial la mencionada Disposición Transitoria Primera.

7.9.- Disposición Transitoria Segunda y Disposición Transitoria Tercera. Apartado 2.a). Teniendo en cuenta la importancia que tienen los principios de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito del acceso a la función pública, en la línea apuntada por la SGAP en el informe evacuado por la misma en el curso del presente expediente, habríamos de advertir que el tiempo de desempeño de funciones o puestos de trabajo o experiencia en Cuerpos cuyas funciones pudieran ser equiparados por su contenido o características a aquellos correspondientes a las funciones a que se refiere el artículo 3 del Anteproyecto o la experiencia en los correspondientes cuerpos al servicio de la Junta de Andalucía (Cuerpo Superior de Administradores, especialidad de Administradores de Gestión Financiera o Administradores Generales y Cuerpo de Gestión Administrativa de la Junta de Andalucía, especialidad de Gestión Financiera y de Administración General), habrían de valorarse en términos análogos al desempeño o experiencia de éstas últimas funciones o puestos, de forma que la diferencia en la valoración, en su caso, resultare justificada por causas objetivas relacionados con las características de tales funciones más allá de la Administración en que se hubieran desempeñado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado (STC 302/1993, de 21 de mayo, RTC 1993/302,) lo siguiente:

Por eso ya en la STC 67/1989 se estableció que la desproporcionada valoración de los servicios prestados a una Administración pública en las bases de una convocatoria, al ser tenidos en cuenta tanto en fase de concurso como de oposición y de manera determinante del resultado final, lesionaba la igualdad de trato que de todos los ciudadanos reclama el art. 23.2 de la Constitución a la hora de acceder a las funciones públicas. Y la solución no podía ser otra, puesto que el citado art. 23.2 de la Constitución determina, en primer lugar, una libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas como son aquí las derivadas de la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, inicialmente aún no dotadas de una función pública propia; y, además, que ese acceso se ordene de manera igualitaria en la convocatoria mediante normas abstractas y generales con el fin de preservar la igualdad ante la Ley de los ciudadanos, todo lo cual obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad que el art. 103.3 dispone; del mismo modo, que las Comisiones que resuelvan los concursos y las Administraciones convocantes deben preservar y custodiar estos cánones en la fase de aplicación de la Ley.

7.10.- Disposición Transitoria Cuarta. Se recomienda que se perfile, por alusión a los correspondientes procedimientos o preceptos de la normativa en materia de función pública, los términos de la “ocupación provisional” a que se aludiría en dicha Disposición Transitoria.

Por otra parte, no parece adecuada la expresión incorporada a dicha Disposición Transitoria “*in fine*” cuando indica “*que se encuentre realizando las funciones previstas en el artículo 3 en puestos que no se hayan adscrito*”, pues parece que tales puestos sí que habrían de adscribirse al Cuerpo en atención a las funciones correspondientes a los mismos, siendo así que más bien cabría aludir a puestos ocupados por perso-

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 15 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfIB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



nal que no se hubiera integrado o que no se hubieran cubierto por personal perteneciente al cuerpo u otra expresión que resultare adecuada.

Finalmente, en cuanto a la mencionada referencia incorporada a dicha transitoria a “*personal que se encuentre realizando las funciones previstas en el artículo 3*”, por razones de seguridad jurídica, se recomienda igualmente incluir referencia al momento en que hubieran de encontrarse en dicha circunstancia, que parece sería el de entrada en vigor del Anteproyecto de Ley que nos ocupa.

7.11.- Disposición Final Primera. Modificación del TRLGHPJA aprobado en virtud del Decreto-ley legislativo 1/2010, de 2 de marzo, para introducir un nuevo artículo 86bis.

La declaración o reconocimiento de la condición de agente de la autoridad incorporada al nuevo artículo 86bis no se extendería a otros funcionarios no pertenecientes a los nuevos Cuerpos que pudieran continuar desempeñando las funciones atribuidas a los mismos (Disposición Transitoria Primera y Cuarta).

Por otra parte en relación con tal reconocimiento, el precepto no concretaría el alcance del mismo, refiriéndose genéricamente a que comportaría “*las facultades y protección que les confiere la normativa vigente*”.

Sobre el particular, cabría objetar lo genérico de tales términos desde el punto de vista de la seguridad jurídica, teniendo en cuenta que no existiría en nuestro ordenamiento una definición de agente de la autoridad ni una regulación sistemática de dicha figura.

Para terminar igualmente habríamos de advertir cómo el Tribunal Constitucional habría objetado la competencia de las Comunidades Autónomas para incorporar a su normativa este tipo de declaraciones cuando se pretendiere otorgar a las mismas algún tipo de trascendencia en el ámbito penal, ello por posible afectación a la competencia estatal ex artículo 149.1.6º de la Constitución Española, en materia de “*legislación penal*”.

En efecto, el Código Penal no contiene una definición de la noción de agente de la autoridad, como sí la contendría, por ejemplo, de los conceptos de “*autoridad*” y “*funcionario público*” así como referencias a la noción de agente de la autoridad en determinados artículos a lo hora de definir ciertos tipos delictivos (artículos 550 y 556).

En esta materia, el Tribunal Constitucional habría declarado con reiteración que no correspondería a las Comunidades Autónomas definir los tipos penales salvo en aquellos supuestos en que existiera una remisión a dicha integración o tipo penal en blanco. Asimismo dicho Tribunal ha tenido también oportunidad de analizar, en concreto, determinadas disposiciones autonómicas que incorporaban declaraciones de colectivos de personal, por ejemplo, de una empresa pública autonómica, como agente de la autoridad. En ambos sentidos puede verse la STC 50/2018, de 10 de mayo, que transcribiremos a continuación en cuanto a su análisis o conclusiones en relación con la mencionada declaración incorporada a alguna disposiciones autonómica en el sentido últimamente aludido.

Así conforme a la STC 50/2018, de 10 de mayo de 2018:

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 16 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIzmUbEK7MWfIB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



Ahora bien, más allá de que en el marco de sus competencias estatutarias la Ley 4/2006 (LCAT 2006, 280) atribuya la condición de agente de la autoridad, a quienes ejerzan determinadas funciones públicas, el núcleo del debate reside en que el precepto cuestionado, al establecer "si procede" la existencia de responsabilidad por las conductas a las que alude la norma cuando recaen sobre empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias, vulnera el artículo 149.1.6 CE (RCL 1978, 2836).

En suma, el problema planteado no es que la norma autonómica contenga directamente, como afirma el órgano judicial, un tipo penal. Se trata de una norma autonómica de otra naturaleza dirigida a regular un determinado sector material, el transporte de personas por ferrocarril, en el que la Comunidad Autónoma ostenta competencias conforme a su Estatuto de Autonomía. Pero cuando esta legislación administrativa sectorial concurre a la definición de la figura de agente de la autoridad, no se limita a su propio ámbito material de competencias sobre transporte de personas por ferrocarril. Por el contrario, lo que hace es poner en relación la atribución de la condición de agente de la autoridad con el carácter de tales agentes así definidos como sujeto pasivo de determinadas conductas que el legislador estatal, único competente para ello, ha tipificado como delictivas (arts. 550 y 556 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)). En este caso, el elemento del tipo que el legislador administrativo establece no es la conducta propiamente dicha sino el sujeto pasivo de la misma. El precepto dispone, así, que las conductas expresamente contempladas en los artículos 550 y 556 sean consideradas en todo caso punibles cuando se realizan contra uno de los empleados del servicio de ferrocarriles a los que atribuye, a efectos administrativos, el carácter de agentes de la autoridad. Con ello, el ámbito de aplicación del precepto penal queda directamente ampliado, sin que medie interpretación judicial alguna tendente a determinar cuál ha sido la voluntad del legislador penal al utilizar el concepto de "agente de la autoridad". La consecuencia es que el juez ya no puede interpretar tal concepto, que es autónomo, al no existir reenvío normativo, según las pautas exegéticas comunes pues tropieza con un mandato normativo expreso, situado extramuros de la norma penal, mandato que le obliga a considerar ope legis que esos empleados de ferrocarriles son sujetos pasivos del delito, esto es, que están comprendidos en los artículos 550 y 556 del Código penal como sujetos pasivos de la conducta punible. No se trata de que el juez no pueda llegar a esa misma conclusión, interpretando el concepto autónomo de agente de la autoridad de un modo determinado, sirviéndose incluso, para ello, de la normativa extrapenal que pueda entender relevante a estos efectos. Se trata, antes bien, de que la normativa autonómica —por carecer de competencia constitucional para determinar cualquier elemento del tipo penal, incluido el sujeto pasivo del mismo— no puede imponer, como mandato, esa concreta subsunción en el tipo. Así, el hecho de que, como ya se ha señalado, el de agente de la autoridad no sea un concepto definido de forma precisa a efectos penales no implica que, a dichos efectos, pueda el legislador autonómico asumir esa tarea, dada su notoria falta de competencia en la materia.

No se trata, de que el precepto atribuya la condición de agente de la autoridad a determinadas personas en atención a la función que cumplen en el ejercicio de la competencia autonómica, del servicio de transporte de personas por ferrocarril. Es que, al atribuir tal condición a los empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias "a los efectos de la exigencia, si procede de la responsabilidad correspondiente a quienes ofrezcan resistencia o cometan atentado o desacato, de



obra o de palabra, contra ellos", el precepto cuestionado no se atiene a esa finalidad y supera el límite que supone el respeto a las exclusivas competencias estatales, de modo que el legislador sectorial autonómico se autoerige en legislador penal.

Ese efecto se produce al hacer referencia explícita tanto a determinadas conductas identificadas indudablemente con tipos penales (resistencia, atentado o desacato, de obra o de palabra), como al determinar específicamente que la atribución de la condición de agente de la autoridad se hace a los expresos efectos de poder exigir responsabilidad por conductas que son indudablemente punibles, conforme a la legislación penal. De esta manera se tipifica de manera efectiva y concreta el supuesto de responsabilidad penal en la que pudieran incurrir quienes lleven a cabo determinadas conductas ilícitas contra los sujetos a los que se refiere el precepto autonómico. El artículo 38.4 de la Ley 4/2006 (LCAT 2006, 280) no sólo contiene la "advertencia", sino que hace mención expresa a determinados tipos penales en los que potencialmente pueden incurrir quienes ofrezcan "resistencia o cometan atentado o desacato, de obra o de palabra" a los "empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias". La norma autonómica atribuye así el carácter de potencial sujeto pasivo de esos delitos a los empleados del titular de la infraestructura y de las empresas ferroviarias en el ejercicio de sus funciones. Con ello, en cuanto que determina que ciertas personas pueden ser sujetos pasivos de algunos tipos penales, se adentra en un ámbito que la Constitución reserva en exclusiva al Estado. Remite a la tipificación de las conductas de la norma penal e incide de ese modo en el establecimiento de las consecuencias punitivas correspondientes, materias propias de lo penal, conforme a las SSTC 142/1988 (RTC 1988, 142), FJ 7, y 162/1996 (RTC 1996, 162), FJ 4. No se limita a aludir a la potencial exigencia genérica de responsabilidad penal en la que se pudiera incurrir, sino que se concreta respecto de unos concretos ilícitos penales, lo que supone que el Parlamento de Cataluña al prever ciertos delitos en particular, como consecuencia de determinadas conductas de las que pudieran ser objeto los sujetos pasivos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 4/2006 (LCAT 2006, 280), se ha arrogado una facultad que es competencia exclusiva del Estado de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.6 CE.

En consecuencia, el artículo 38.4 de la Ley 4/2006 (LCAT 2006, 280), debe ser declarado inconstitucional y nulo.

La declaración o reconocimiento que se incorpora al nuevo artículo 86bis no aludiría de forma expresa a los efectos que la misma pudiera tener en el ámbito penal, no obstante habríamos de advertir de que, por su alcance genérico, pudiera entrañar riesgos desde el punto de vista de la objeción recientemente expuesta en el sentido de que pudiera sostenerse que dicho alcance o efecto penal pudiera resultar subsumible en la expresión "con las facultades y protección que les confiera la normativa vigente".

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 18 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThIZmUbEK7MWfIB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



Es cuanto me cumple someter a la consideración de V.I., sin perjuicio de que se cumplimente la debida tramitación procedimental y presupuestaria.

La Letrada de la Junta de Andalucía.

Fdo.: Ana María Medel Godoy

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		27/01/2022 13:49	PÁGINA 19 / 19
VERIFICACIÓN	PzPpxDUHM4ThlZmUbEK7MWfiB\$0jv2	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	