|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 42/2017 |
| Fecha | de 28 de febrero de 2017 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, 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 Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 6351-2016 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 6351-2016 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6351-2016. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El día 9 de diciembre de 2016 tuvo entrada en el registro general del Tribunal Constitucional oficio del Letrado de la Administración de Justicia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por el que se remite testimonio de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario 629-2011, y, entre ellas, el Auto de 16 de diciembre de 2015 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de función pública de Galicia, en la redacción dada al mismo por el art. 21 de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, “en la parte exclusivamente que prevé que en todo caso se proveerán por el sistema de libre designación las jefaturas de servicio”, por posible vulneración del derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad reconocido en el art. 23.2 CE.

2. Los antecedentes procesales que han dado lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Don A.F.M., funcionario de la Xunta de Galicia, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 11 de abril de 2011, por la que se ordenaba la publicación de la modificación de la relación de puestos de trabajo, en adelante RPT, de la Consellería del Mar. En la misma se establecía como sistema de provisión de 43 puestos de trabajo de jefatura de servicio, jefatura de unidad operativa y de jefatura comarcal, el de libre designación. El demandante solicitaba la anulación del sistema de provisión establecido porque entendía que no se había motivado en el expediente la elección de dicho sistema en relación con las funciones de cada concreto puesto de trabajo, y que ello era contrario al art. 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública y al art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008.

b) Tramitado el recurso, una vez concluso para sentencia y previa audiencia de las partes personadas y del Ministerio Fiscal, la Sala dictó Auto de 6 de junio de 2014 acordando promover cuestión de inconstitucionalidad en relación con el citado art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 por la posible vulneración del art. 23.2 CE (derecho de acceso a la función pública), en relación con el art. 20.1 b) de la Ley 30/1984.

Se argumentaba en el citado Auto que el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, de forma que compete al legislador establecer las condiciones de provisión de puestos de trabajo conforme a los principios de mérito y capacidad, siendo la legislación básica la normativa llamada a la configuración legal de este derecho. En este caso, la normativa básica estatal estaba constituida por el art. 20.1 b) de la Ley 30/1984, que permanecía en vigor por aplicación de la disposición derogatoria única letra b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP), vigente en aquel momento, y por el art. 80.2 del citado estatuto.

Según el primero de esos preceptos: “Los puestos de trabajo adscritos a funcionarios se proveerán de acuerdo con los siguientes procedimientos: … Libre designación con convocatoria pública: Se cubrirán por este sistema los puestos que se determinen en la relación de puestos de trabajo”.

Estableciendo el segundo que “las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública”.

c) La citada cuestión de inconstitucionalidad, a la que correspondió el número 6096-2013, fue admitida y tramitada hasta su resolución por STC 157/2015, de 9 de julio, que acordó su inadmisión por defectos formales al no haber podido tomar en consideración la Sala a quo las alegaciones oportunamente deducidas por la Xunta de Galicia sobre su viabilidad y pertinencia, que habían sido presentadas ante la Sala de Galicia evacuando el trámite de audiencia previamente concedido de acuerdo con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) pero que, según se reconocía en un Auto de fecha posterior de la misma Sala remitido al Tribunal Constitucional, la Sala no había examinado “ignorándose la razón de por qué dicho escrito no llegó a la mesa del ponente” [FJ 2 del Auto de la Sala de Galicia, transcrito en el antecedente 7 y en el FJ 3 b) de la STC 157/2015].

d) Remitida certificación de la STC 157/2015 a la Sala de Galicia, ésta acordó levantar la suspensión previamente acordada para el planteamiento de la cuestión y efectuar un nuevo señalamiento para la votación y fallo del recurso (providencia de 10 de septiembre de 2015), y, llegada la fecha de señalamiento, dictar una nueva providencia de 13 de octubre de 2015 dando nuevo traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días para que aleguen lo que tengan por conveniente acerca del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 y por posible vulneración del art. 23.2 CE y normativa básica estatal de configuración legal de ese derecho: arts. 20.1 b) Ley 30/1984 y 80.2 LEEP.

e) El resultado del referido trámite de alegaciones fue el siguiente:

El Fiscal informó favorablemente al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por apreciar en el art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 “rasgos de inconstitucionalidad”.

El Letrado de la Xunta de Galicia se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad alegando la “pérdida de objeto de este contencioso” como consecuencia de la derogación del Decreto Legislativo 1/2008 por la Ley 2/2015, de empleo público de Galicia así como la pérdida de vigencia de la relación de puestos de trabajo impugnada, modificada por Orden de 24 de julio de 2013.

Y el recurrente solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad habida cuenta de la inadmisión de la previamente planteada por defectos formales.

3. Por Auto de 16 de diciembre de 2015 la Sala resolvió plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 por posible vulneración del art. 23.2 CE.

El Auto de planteamiento prácticamente reproduce lo razonado en el previo Auto de 6 de junio de 2013. Resumidamente, considera que la previsión del art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008 que establece que “se proveerán en por el sistema de libre designación… En todo caso… las jefaturas de servicio o equivalentes”, inciso al que concreta la cuestión de inconstitucionalidad: (i) es relevante para la resolución del proceso en cuanto se impugna la previsión de ese sistema por la resolución impugnada para 25 jefaturas de servicio de la Consellería del Mar; (ii) no cumple con las exigencias de motivación y consideración a la “especial responsabilidad y confianza” de los puestos de trabajo impuestas por la normativa básica antes citada [art. 20.1 b) de la Ley 30/1984 y 80.2 LEEP]; (iii) y no deja margen para una interpretación conforme a la legislación básica citada al prever ese sistema “en todo caso” para las jefaturas de servicio impugnadas.

Rechaza la pérdida de objeto alegada por el Letrado de la Xunta de Galicia razonando que el objeto del recurso contencioso-administrativo es examinar si la resolución impugnada es conforme con la normativa “entonces vigente”, constituida por el precepto cuestionado, y que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional la modificación o derogación de la norma cuestionada no extingue las cuestiones de inconstitucionalidad, en cuanto aquella siga siendo aplicable al proceso a quo (cita y reproduce la STC 83/2015, de 30 de abril).

Y tampoco le parece relevante la modificación posterior de la RPT en cuanto la RPT impugnada pudo frustrar las legítimas aspiraciones profesionales del recurrente.

4. Mediante providencia de 31 de enero de 2017, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos del art. 37.1 LOTC, conferir plazo de diez días al Fiscal General del Estado para que alegue lo que considere conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuera notoriamente infundada, con expresa cita del ATC 176/2016, de 18 de octubre.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el 15 de febrero de 2016. En él, interesa la inadmisión de la presente cuestión por considerarla notoriamente infundada.

Después de relacionar las circunstancias del caso, así como de constatar el cumplimiento de los requisitos procesales, afirma que la presente cuestión de inconstitucionalidad es infundada por las mismas razones que se alegaron en relación con la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6096-2013, cuestión planteada por el mismo órgano judicial con la misma argumentación que la ahora planteada, e inadmitida en la STC 157/205, de 9 de julio, y con la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2394-2016, también idéntica a la presente e igualmente inadmitida por ATC 176/2016, de 18 de octubre.

Reproduce íntegramente la fundamentación jurídica de este último ATC 176/2016, de 18 de octubre, y concluye que el precepto cuestionado no vulnera precepto alguno de la Constitución, por lo que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por notoriamente infundada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de función pública de Galicia, en la redacción dada al mismo por el art. 21 de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, “en la parte exclusivamente que prevé que en todo caso se proveerán por el sistema de libre designación las jefaturas de servicio”, por posible vulneración del derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad reconocido en el art. 23.2 CE.

Dicho precepto, que ha sido derogado por la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, establecía lo siguiente (en cursiva el inciso cuestionado):

“Se proveerán por el sistema de libre designación, con convocatoria pública entre personal funcionario de carrera, los puestos de trabajo de carácter directivo o de especial responsabilidad y aquellos que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones. En todo caso, mediante este procedimiento, se proveerán las subdirecciones generales o equivalentes, jefaturas de servicio o equivalentes, las secretarías de altos cargos, así como, excepcionalmente, otros de nivel inferior que, como tales, se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, según los criterios que se establezcan, en este último caso, previa negociación con las organizaciones sindicales.

Los puestos clasificados como de libre designación estarán sometidos a disponibilidad horaria en los términos que se establezcan reglamentariamente.”

Aunque la Sala cita formalmente el art. 23.2 CE (derecho de acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad) como precepto constitucional infringido, el Auto razona que al ser ese derecho un “derecho de configuración legal” según la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que cita, la vulneración constitucional se produce como consecuencia de la infracción de la legislación básica dictada por el Estado en materia de función pública (art. 149.1.18 CE, igualmente citado en el Auto de planteamiento) en desarrollo de aquel derecho. En concreto, considera que el precepto cuestionado vulnera el art. 20.1 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública y el art. 80.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, vigentes en aquel momento, que imponen que el sistema de libre designación debe reservarse para la provisión de puestos de “especial responsabilidad y confianza”.

2. Una cuestión de inconstitucionalidad idéntica a la presente, planteada por el mismo órgano jurisdiccional en relación con el mismo precepto legal y por los mismos motivos, ha sido ya inadmitida por “notoriamente infundada” (art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) en el ATC 176/2016, de 18 de octubre, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” núm. 285, de 25 de noviembre de 2016 (en fecha posterior, por tanto, al Auto de planteamiento, de 16 de diciembre de 2015).

Esta plena identidad motivó que este Tribunal acordara en su momento abrir el trámite de inadmisión del citado art. 37.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora y oír al Fiscal General del Estado con ese objeto, y lógicamente también hace que esta nueva cuestión de inconstitucionalidad deba ser igualmente inadmitida en atención a las mismas razones que se dieron entonces, no sin antes recordar que según este Tribunal ha reiterado el concepto de cuestión “notoriamente infundada” del art. 37.1 LOTC “encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial” (por todos, ATC 145/2016, de 19 de julio, FJ 3).

3. En el citado ATC 176/2016, de 18 de octubre, después de centrar la duda de constitucionalidad en la posible vulneración por el precepto cuestionado del art. 80.2 del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que era la norma vigente en el momento de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad (e idéntica al art. 80.2 del estatuto originario, aprobado por la Ley 7/2007), no siendo de aplicación sin embargo a las Administraciones autonómicas el art. 20.1 b) de la Ley de medidas para la reforma de la función pública (FJ 5), y de declarar el carácter básico del citado precepto de contraste (FJ 6), el Tribunal concluyó que no había sin embargo contradicción efectiva e insalvable entre aquel precepto y la norma autonómica cuestionada.

Y ello porque según se afirma en el citado ATC 176/2016, FJ 6, “[n]o hay base alguna, a partir de la interpretación del art. 80.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, en los términos en los que está formulada la base estatal, que indique que los criterios para definir los puestos que pueden cubrirse por libre designación no pueden utilizar denominaciones relativas a determinadas categorías de puestos de trabajo siempre y cuando, claro está, dichas categorías de puestos de trabajo tengan asignadas funciones de ‘especial responsabilidad’, o de ‘especial confianza’”, que es lo que exige el citado art. 80.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 para acudir al sistema de libre designación. En concreto, considerando que “[l]a legislación autonómica asimil[a] las funciones de especial responsabilidad con la función directiva, o, mejor dicho, establec[e] que los puestos de trabajo que tienen funciones directivas son puestos que conllevan funciones de especial responsabilidad”, y que “dada la estructura organizativa y la organización jerárquica de la administración [autonómica], la jefatura de servicio implica la actividad de coordinación y mando sobre los puestos de trabajo que integran el servicio administrativo”, pudo concluirse que “el precepto autonómico cuestionado constituye un desarrollo de la [normativa estatal] conforme con ella, pues no altera la regla establecida por la norma básica” (ATC 176/2016, FJ 7).

Se recordó además que “el sistema de libre designación que no resulta contrario al art. 23.2 CE (STC 235/2000)” (ATC 176/2016, FJ 6).

Y todo ello condujo a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el mismo órgano jurisdiccional en relación con el mismo precepto ahora cuestionado y por los mismos motivos.

4. Como ya se ha expuesto, los razonamientos anteriores son de plena aplicación a la presente cuestión de inconstitucionalidad, y deben conducir a su inadmisión por “notoriamente infundada” de acuerdo con el art. 37.1 LOTC.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6351-2016.

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecisiete.