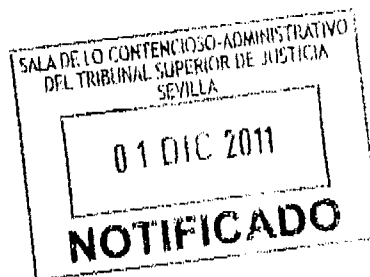


**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ANDALUCIA
SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE SEVILLA**

SECCIÓN PRIMERA
RECURSO 558.1/11 B
ASOCIACIÓN AL ANDALUZ DE EMPLEADOS PUBLICOS DE LA JUNTA DE
ANDALUCIA Y OTROS
C/ CONSEJERIA DE ECONOMIA

AUTO



Ilmo. Sr. Presidente:
D. Julián Manuel Moreno Retamino
Ilmo. Sres. Magistrados:
D. Francisco José Gutiérrez del Manzano
D. Pedro Luis Roás Martín

En Sevilla a 18 de noviembre de 2011.

Cada cuenta el anterior escrito únase, y dese traslado a la parte contrar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 29 de septiembre de 2011 se dictó auto denegando la medida cautelar solicitada por la recurrente ASOCIACIÓN "AL ANDALUS" DE EMPLEADOS PUBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, ASOCIACIÓN DEFENDIENDO MI DERECHO Y LA GESTIÓN PÚBLICA y personas físicas relacionadas en el escrito de interposición.

SEGUNDO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso de reposición contra dicho auto, del que se dio traslado a la parte contraria con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en reposición por la parte recurrente la denegación de la medida cautelar consistente en la suspensión cautelar de la aplicación del Decreto 92/2011, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento; o, subsidiariamente su Disposición Adicional Primera, amparándose igualmente tal pretensión en la concurrencia de una apariencia de buen derecho que justifique la razonable adopción de la medida, así como en la pérdida de la finalidad

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

legítima del recurso en caso de no adoptarse la referida medida y a fin de evitar que la ejecución del acto cause daños o perjuicios de imposible o difícil reparación.

Pues bien, como es conocido la regulación de las medidas cautelares se halla contenida en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia. Por ello, la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad del recurso y siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

En el sentido expuesto, el artículo 129.1 de la mencionada Ley 29/1998 faculta a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia y en el artículo 130 se establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, así como que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. De esta forma, la potestad jurisdiccional de suspensión del acto administrativo recurrido responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento que, en su caso, fuere dictado al término del proceso, evitando, de esta forma, que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quedare desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

SEGUNDO.- Son los anteriores los presupuestos que deben ser considerados en orden a la adopción de las medidas cautelares que fueren solicitadas, en este caso, la suspensión de la ejecución de la disposición que es objeto de impugnación.

No obstante, se hace preciso igualmente considerar que, sin perjuicio del imposible análisis a tenor de la fase presente del proceso de cuestiones que afecten al fondo del

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

recurso (autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998, de 28 de enero y 9 de julio de 1999, de 15 de marzo de 2000, de 3 de abril y 19 de junio de 2001 y de 29 de enero de 2002, así como la sentencia de 1 de junio de 2001), también es cierto que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho que justifique la razonable adopción de la medida pasa a ser un factor más a tomar en cuenta a fin de resolver sobre la procedente adopción de la medida cautelar interesada, siempre que pueda ser apreciada *prima facie*, no suponga un anticipo sobre el fondo del asunto y se limite a los casos en los que ab initio pueda apreciarse que el acto impugnado está viciado con una manifiesta infracción de legalidad, se apoye en norma previamente anulada, o bien, sea idéntico a otro que ha sido anulado mediante sólidos pronunciamientos jurisprudenciales (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1999 y 28 de febrero de 1998 y auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001).

Pues bien, no cabe desconocer al respecto que ha dictado recientemente esta misma Sección sentencia, en fecha de 2 de noviembre de 2011 (recurso número 414/2011, derechos fundamentales), en la que se concluye al respecto de la impugnación de la disposición adicional segunda del Decreto 103/2011 de 19 de abril (BOJA n.º 83 de 29 de abril), por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, con idéntico contenido a la ahora impugnada e integración, en aquel caso, del personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, que es contraria a los Derechos Fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución Española.

Y, así, se afirma al respecto que *"(...) Y en efecto la tan citada Disposición Adicional Segunda quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 2. 1- personal de las Agencias-), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009, que estimó la nulidad del*

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), un desprecio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad. (...)"

TERCERO.- En el mismo sentido, nuestra sentencia de 15 de noviembre de 2011, recurso de apelación 466/2011, derechos fundamentales, acerca de la suspensión de la resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Protocolo de Integración de Personal en el Servicio Andaluz de Empleo y en la que se hace aplicación de la doctrina sentada en la primera de las sentencias parcialmente transcritas con ocasión del análisis de la procedencia de la citada medida cautelar.

Se decía en esta otra sentencia que "(...)La apariencia de buen derecho es un factor condonante a la adopción de medida cautelar, pero que por sí solo, únicamente podría justificar la adopción de la medida cautelar, cuando de modo claro y flagrante se pudiera apreciar la existencia de una causa de nulidad, se hubiera dictado el acto en aplicación de una disposición general anulada, o un vicio de legalidad frente al cual existiera criterio jurisprudencial, que permitiera apreciar la ilegalidad del acto sin necesidad de un análisis pormenorizado del fondo del asunto.

Debemos destacar que esta Sala, en reciente sentencia de 2 de noviembre de 2011, recaída en el recurso 414/11, ha estimado el recurso interpuesto contra el Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, en cuya Disposición Adicional Segunda se disponía la integración del personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por considerar que esa disposición reglamentaria es contraria a los Derechos Fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución Española, así señalábamos: "al integrar directamente al personal procedente del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia,

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 2. 1- personal de las Agencias-), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009, que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), un desprecio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad".

Idéntico supuesto se produce con las reglas 3ª y 4ª del Protocolo, por el que se pretende integrar al personal al servicio de la FAFFE y de los Consorcios UTEDLT como personal laboral de la Agencia eludiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad. La existencia, en la actualidad, de criterio de esta Sala de la vulneración del art. 23.2 de la Constitución, determina la estimación del presente recurso de apelación, acordando la suspensión de las reglas 3ª y 4ª de la Resolución de 20 de abril de 2011.(...)"

En el marco de la apuración que ofrecen los anteriores pronunciamientos, se hace preciso matizar las consideraciones expuestas en el auto impugnado acerca de la ponderación de los riesgos derivados de la extraordinaria dificultad en la reparación de los perjuicios que se derivaren de la aplicación de la citada disposición en el supuesto de una eventual estimación de la demanda; esto es, el situación derivada de la consiguiente integración automática y directa del personal laboral en la Agencia, como se razonaba en aquellas sentencias- y la dificultad de su eventual restitución. Por ello, resulta procedente concluir que concurren los presupuestos para el otorgamiento de la medida cautelar interesada, en su forma subsidiaria, siendo preciso, en consecuencia, estimar el recurso de reposición formulado.

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

CUARTO.- No es procedente hacer condena al pago de las costas generadas durante la sustanciación de este incidente.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

DISPONEMOS.- Estimar el recurso de reposición formulado frente al auto de fecha de 29 de septiembre de 2011 y, en su lugar, acordamos estimar la solicitud subsidiaria de la medida cautelar interesada por la recurrente y consistente en la suspensión de la disposición adicional primera del Decreto objeto del presente recurso contencioso-administrativo. Sin costas.

Lo mandaron y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen reseñados.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**