



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

1

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SEDE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO 320/2.012

SENTENCIA NÚM. 1393 DE 2.012

Itma. Sra. Presidente:
Doña María R. Torres Donaire
Itmos. Sres. Magistrados
Don Jorge Muñoz Cortés
Doña María del Mar Jiménez Morera

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

En la ciudad de Granada, a treinta de abril de dos mil doce. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso número 320/2.012 por el procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, seguido a instancia de la **ASOCIACION DEFIENDO MI DERECHO Y LA GESTION PUBLICA,**

y **ASOCIACION "AL-ANDALUS" DE EMPLEADOS PUBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**", que comparecen representados por la Procuradora Doña Mónica Navarro Rubio Troisfontaines y dirigidos por los Letrados Don Mariano Aguayo Fernández de Córdoba, Don Carlos Rodríguez Vallecillo y Don José Ángel Castillo Cano- Cortés , siendo parte demandada la **CONSEJERÍA DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**, en cuya representación y defensa interviene el Letrado adscrito a sus Servicios Jurídicos. Siendo parte en el presente procedimiento el EXCMO. MINISTERIO FISCAL. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se admitió a trámite el mismo y se acordó reclamar el expediente administrativo, que ha sido aportado.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la parte actora expuso cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación y terminó por suplicar a la Sala que se dicte sentencia por la que estimando íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo, acuerde: 1.- la declaración de vulneración de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 14 y 23, 2 de la CE; 2.- Se declare la nulidad de pleno derecho del Decreto 99/2011, de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera o, subsidiariamente, se declare la nulidad de la Disposición Adicional 3ª del Decreto 99/2011 que regula la integración del personal del DAPSA en la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera; 3.- Se condene a la Administración demandada a las costas causadas.

TERCERO.- En su escrito de alegaciones a la demanda, la Administración demandada se opuso a las pretensiones del actor, y tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó se desestime el recurso, declarando la conformidad a derecho de la disposición recurrida. Conferido traslado igualmente al Ministerio Fiscal, presentó escrito en el que interesaba la estimación del recurso planteado.

CUARTO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la admitida, pasando a la práctica de conclusiones escritas, siendo remitidas las actuaciones a esta Sala por ser esta la competente por la materia, y se acordó pasar los autos a la Il.ª Sra. Magistrada Ponente para dictar la resolución procedente. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

Visto, habiendo actuado como Magistrada Ponente la Il.ª Sra. Doña María Torres Donaire.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales, el Decreto 99/2011 de 19 de abril (BOJA nº 83 de 29 de abril), por el que aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, y la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaria General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Protocolo de Integración del Personal en la Agencia, publicado en el BOJA nº 84 de 30 de abril de 2011, por considerar que dichas disposiciones reglamentarias son contrarias a los



Derechos Fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución Española.

SEGUNDO.- Tanto los demandantes, como el Ministerio Fiscal, analizan con carácter previo, que la citada Agencia de Gestión es consecuencia de la Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, y tras la modificación operada del artículo 71 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía pasa a ser una agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54, 2, c) que realiza actividades señaladas en el artículo 65, 1 de la LAJA, es decir, de la ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería y de carácter administrativo si implican funciones que lleven aparejada el ejercicio de autoridad, y que están sometidas al Derecho Administrativo por regla general; así la Disposición Adicional 3ª del Decreto 99/2011, dispone integrar en la agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía irrogada de potestades públicas, al personal procedente de la Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero, S. A (DAPSA), que es una sociedad mercantil pública de titularidad de la Junta de Andalucía, que fue creada en el Decreto 165/1997, y que como sociedad mercantil de las previstas en el artículo 6, 1, a) de la derogada Ley de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, y conforme al artículo 75 de la LAJA no podía ejercer potestades administrativas, por lo que convivirían funcionarios públicos con otros empleados adscritos antiguamente a esta empresa ejerciendo funciones asignadas a los funcionarios legalmente que accedieron a sus puestos por los sistemas legales y constitucionales de acceso, integrando por esta vía a la función a determinados trabajadores que en su día fueron contratados obviando los procedimientos de respeto de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y en consecuencia, se sustenta el recurso en dos motivos:

- Nulidad del Decreto por el ejercicio de funciones públicas en la Administración de la Junta de Andalucía, por un personal que no ha accedido a la Administración por el sistema legalmente establecido y estar reservadas constitucionalmente a los empleados públicos.
- Vulneración del Derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con infracción de los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución, porque la integración establecida en la Disposición Adicional Tercera, supone que quienes han accedido a la función pública a través del sistema legalmente establecido y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, vean mermados sus derechos por la entrada de terceros ajenos a la función pública, ocasionando una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo con flagrante vulneración del derecho de igualdad en el acceso.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, considera igualmente, que la Disposición Adicional Tercera, vulnera los Derechos Fundamentales del artículo 14 y 23.2, denunciando además que la Ley de origen, la 1/2001, está pendiente de que se resuelve por Recurso de Inconstitucionalidad que fue admitido por el Pleno del Tribunal Constitucional el 7 de junio de 2011, insistiendo en que la integración del personal que propugna, se aleja de los principios básicos constitucionales de acceso y siendo también contraria a la legalidad ordinaria, tal como se recoge en

la normativa básica estatal, artículo 55 y siguientes que configuran el precepto constitucional, lo que repercute no sólo en el personal de la Administración funcionarios y personal laboral, sino en los propios ciudadanos que según el Estatuto Básico, tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

CUARTO.- La Administración demandada, opone como causas de inadmisibilidad, la falta de legitimación procesal de algunos recurrentes, inadecuación del procedimiento especial de derechos fundamentales, al plantearse cuestiones de legalidad ordinaria, siendo la pretendida vulneración de un derecho de configuración legal, defecto en el modo de proponer la demanda e improcedencia del petitum.

Respecto al fondo, alega, que es la Ley 9/2007 de 22 de octubre, modificada por la Ley 1/2011, la que atribuye el ejercicio de potestades públicas a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, por lo que es una cuestión ajena al debate de vulneración de derechos fundamentales y en cuanto a que aquellas se ejerzan por personal de la Agencia, manifiesta que la Disposición Adicional Tercera del Decreto, deja a salvo el art 9.3 del Estatuto Básico, que atribuye dicha función a los funcionarios adscritos. Por otra parte, y por lo que hace al núcleo del litigio, manifiesta que no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los términos de comparación, ni pretenderse en el Decreto el acceso de personal privado a la condición de empleo público de forma subrepticia, ya que en la propia Disposición Adicional exige, que para acceder a la situación de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía deben superar pruebas de acceso libre. No existe por tanto acceso a la condición de empleado público o funcionarización encubierta, sino mero cumplimiento de las normas de Derecho Laboral por sucesión de empresas, y la subrogación de la Agencia que son aplicables al personal de la desaparecida Empresa Pública Desarrollo Agrario y pesquero SA. Por último considera, que la creación de la Agencia trae causa de la Potestad de Autorganización que tiene la Administración para reordenar el sector público y que el Decreto 99/2011 se limita a desarrollar la Ley 1/2011 dictada para tal finalidad, de ahí que cuestione la competencia de este Tribunal para enjuiciar la Ley, atribuida en exclusiva al Tribunal Constitucional, que de hecho ya ha admitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad.

QUINTO.- En primer término y por razones de lógica procesal, debemos comenzar por resolver sobre la concurrencia de la causas de inadmisibilidad alegadas, por falta de legitimación activa. Al respecto debemos recordar que el artículo 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 exigía un interés directo. A partir de la Constitución se ha extendido la legitimación a la defensa de los intereses legítimos, concepto que es mucho más amplio que el interés directo, criterio mantenido por el artículo 19 de la actual Ley de la Jurisdicción, debiendo entenderse por interés legítimo el que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con una estimación de la pretensión ejercitada -siempre que no se reduzca a un mero interés por la legalidad-, puede prescindir ya de las notas de personal y directo, pues la jurisprudencia ha declarado al diferenciar el interés directo y el interés legítimo,

que este no sólo es superior y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional ha repercutido o puede repercutir directa o indirectamente (STS 8-4-94). Ahora bien, la amplitud del concepto de legitimación conseguida a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, en beneficio del principio pro actione, no significa que haya desaparecido como requisito formal, ni que se haya dado entrada en este ámbito a la posibilidad de ejercitar la acción popular, de modo que si a la luz de elementales criterios de racionalidad queda patente el carácter artificioso y forzado del propósito que subyace en la pretensión deducida en la demanda, en relación con su finalidad objetiva, la legitimación sigue siendo un factor operante en el juego de las posibles causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

Pero en el presente proceso no cabe duda de que el acceso mediante integración a personal laboral de la Agencia cuyos Estatutos se aprueban, y que son impugnados, y más en concreto en la Disposición Adicional Tercera, puede afectar a los derechos de acceso, promoción y traslado para la provisión de vacantes de los funcionarios y personal laboral para toda la Administración de la Junta de Andalucía ya sea General o Institucional. Por tanto no sólo las personas físicas sino las Asociaciones accionantes, (que son fiel reflejo del derecho de asociación profesional de los empleados públicos conforme al apartado p) del Artículo 14 del Estatuto Básico, entre cuyos fines se encuentra la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones y cargos públicos) y que defienden dichos derechos, tienen en consecuencia un interés legítimo en el recurso distinto del mero interés por la legalidad.

Igualmente, debe rechazarse, la causa de inadmisibilidad consistente en defecto en el modo de proponer la demanda, ya que basándose por la Administración demandada es que no es posible la alegación genérica de nulidad de una norma, cuando se refiere a la totalidad del Decreto 99/2011, y en todo caso el debate debe centrarse en la Disposición Adicional 3ª, único apartado que se identifica como infractor de los preceptos, carece de sentido, puesto que cumple con las exigencias legales del artículo 56 de la LJCA, y la pretensión ni es incongruente, porque, el que puede lo más, puede lo menos, de ahí que solicite la nulidad de todo el Decreto por vulneración de derechos fundamentales o subsidiariamente la Disposición Adicional Tercera en la que se materializa la integración del personal de la Empresa Pública desarrollo Agrario y Pesquero SA y por tanto la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Por último, también debemos rechazar la cuestión planteada de inadecuación de procedimiento, porque en este recurso se solicita amparo judicial de las libertades y derechos previstas en el artículo 53. 2 de la Constitución, concretamente el 14 y 23.2, haciendo valer en este proceso las pretensiones a que se refiere el artículo 31 de la LJCA, para restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales el recurso debe ser formulado. Por otra parte, las cuestiones de legalidad ordinaria, no son ajenas a este procedimiento, ya que según el artículo 121.2 de la Ley Jurisdiccional: A la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurra en cualquier

infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder y como consecuencia de la misma se vulnera un derecho de los susceptibles de amparo.

Ahora bien el ámbito de este proceso especial de derechos fundamentales, exige que la infracción esté relacionada con ellos, de ahí que toda la argumentación de la demanda, relativa a la atribución de las potestades públicas a la Agencia Empresarial o el ejercicio de esas funciones públicas por personal laboral de la Empresa Pública, aunque supondría de facto una merma de las funciones atribuidas a los empleados públicos, es ajena a dicho procedimiento porque la mera regulación o el posible ejercicio de funciones públicas no afecta a los derechos invocados, y que sin embargo se produce como veremos más adelante, en la Disposición reglada por la que se integra a todo el personal de la Empresa Pública en la Agencia Empresarial de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, realice o no funciones públicas.

SEXTO.- Entrando ya en la cuestión de fondo, y como recogen todas las partes en sus respectivos escritos, conviene recordar la Doctrina Constitucional sobre el artículo 23.2 de la Constitución y las pruebas selectivas para acceso a la función pública. Así, en su sentencia de 18 de abril de 1989 -entre otras- ha declarado que el derecho de igualdad de quienes concurren en turno libre, ha de ponerse en conexión con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, puesto que, como ya ha declarado en muy diversas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 86/1987 de 2 junio), este último derecho es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el artículo 14 de la Constitución, por lo que en caso del acceso a las funciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el artículo 14, es dicho artículo 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien esta libertad aparece limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados.

Como se dijo en la STC 302/1993, la solución no podía ser otra, puesto que el citado artículo 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. Y se afirma el carácter excepcional de los sistemas que no sean de libre acceso respecto a quienes no tengan relación funcional alguna. De ahí que se otorgue un derecho reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

Así como recoge la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Sevilla de este mismo Tribunal de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011,



dictada en asunto semejante, y aplicando los criterios allí establecidos que compartimos, en efecto la tan citada Disposición Adicional Tercera quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente de la Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero, SA, 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 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.

SÉPTIMO.- Igualmente siguiendo la misma sentencia anteriormente citada, nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga a la Agencia a subrogarse en derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo de este personal, pero una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta A la integración, con las consecuencias legales apuntadas, que convierte a este personal automáticamente en personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía con atribución de potestades y funciones públicas. Se vulnera así, por dicha Disposición Adicional, el art 23.2 de la Constitución que se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, que forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, y que es indisponible para el Órgano de Gobierno que aprueba el Decreto. También se vulnera como afirma el Ministerio Fiscal el artículo 14 de la Constitución, respecto a terceros ciudadanos en general a los que no se les va a permitir el acceso privilegiado por integración, reservado en exclusiva a quienes trabajaban en el extinto Instituto en virtud de un régimen legal privado.

OCTAVO.- Por último, la afirmación contenida en la contestación a la demanda, de que el Decreto tiene amparo en la Ley 1/2011, no supone ni implica su legalidad, porque si bien la Ley crea la Agencia dentro de la Reordenación del Sector Público Andaluz y define su régimen jurídico, es la Disposición Adicional Segunda del Decreto impugnado la que regla y materializa la integración del personal de La Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero, y por tanto la que infringe el Estatuto Básico del Empleado Público, y como consecuencia de esa

infracción, se vulneran los derechos susceptibles de amparo invocados por los recurrentes. De manera, que en el actual litigio, no es necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 1/2011, ya que conforme al artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de su validez no depende este fallo.

Por último, la vulneración de los derechos fundamentales citados, no queda enervada por la redacción dada al segundo párrafo de la Disposición Adicional Tercera, que resulta una obviedad, pues este personal, como cualquier ciudadano, para acceder como funcionario o personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, ha de participar en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libres, convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público. Exigencia de acceso, con respeto a los principios de publicidad igualdad, mérito y capacidad, también para el personal de las Agencias según el Estatuto Básico, la Ley de Reordenación y los Estatutos de la propia Agencia, que se tratan de eludir con este sistema excepcional de integración, carente de absoluta motivación y con una clara repercusión en los funcionarios y personal laboral fijo de la Administración de la Junta de Andalucía, que ven lesionados no sólo sus derechos de acceso en condiciones de igualdad, sino a los que ya hayan accedido al empleo público, se mantengan en ella sin perturbaciones ilegítimas.

En consecuencia, consta la quiebra del principio de igualdad y vulnerando el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, susceptible de amparo y configurado legalmente en los artículos 55 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público, y en consecuencia, debe acogerse la petición esgrimida en el suplico de la demanda con carácter subsidiario respecto d la DA 3º DEL Decreto 99/2011.

NOVENO.- A los efectos previstos en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedimiento aplicables,

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

FALLO

Que rechazando las causas de inadmisibilidad ALEGADAS POR LA administración demandada, debemos estimar y estimamos en su pretensión subsidiaria el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACION DEFIENDO MI DERECHO Y LA GESTION PUBLICA,

y ASOCIACION "AL-

ANDALUS" DE EMPLEADOS PUBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCIA", contra el Decreto 99/2011 de 19 de abril (BOJA n1 83 de 29 de abril), por el que aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, y declaramos la nulidad de su Disposición Adicional Tercera por vulneración de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española. Sin Costas.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del art. 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma cabe interponer **Recurso de Casación** mediante escrito presentado en esta Sala en el plazo de diez días contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA), debiendo acompañar al escrito en que se interponga, la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 2069000024032012, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

