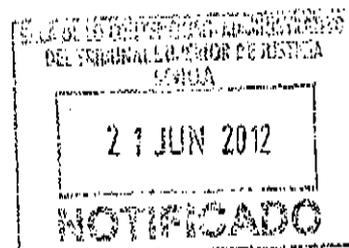


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE SEVILLA
SECCIÓN TERCERA

Recurso de apelación
Nº 266/12

Ilmos. Sres.
D. Victoriano Valpuesta Bermúdez, pte
D. Eloy Méndez Martínez
D. Guillermo del Pino Romero



SENTENCIA

En Sevilla, a 15 de junio de 2012

Vistos el presente recurso de apelación seguido ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el que ha sido parte apelante la Agencia de Obra Pública de la junta de Andalucía, y partes apeladas, la Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, la Asociación Defiendo mi Derecho y la Gestión Pública, y María Juana Jiménez Cabeo y 17 personas más, turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. D. Eloy Méndez Martínez, quien expresa el parecer de la Sala, se ha dictado ésta de acuerdo con los siguientes

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dictado auto de fecha 24-11-11 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Sevilla, estimatoria de la medida cautelar interesada, fue interpuesto recurso de apelación por parte de la AAOP.

SEGUNDO.- La parte recurrida se ha opuesto al recurso en tiempo y forma.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta sala, fue señalado día para su votación y fallo que tuvo lugar con el resultado que a continuación se expone.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

) PRIMERO.- En el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Sevilla se sigue procedimiento abreviado 295/11 contra resolución de 20-4-11 de la Secretaría General para la Administración Pública de la Junta de Andalucía, por la que se aprueba el Protocolo de Integración del Personal de la Entidad "Gestión de Infraestructuras de Andalucía SA", en la Agencia Andaluza de Obra Pública.

Solicitada como medida cautelar la suspensión de la resolución impugnada, por auto de 24-11-11 se ha accedido a la medida cautelar, habiéndose interpuesto el presente recurso de apelación por parte de la Junta de Andalucía.

) SEGUNDO.- De acuerdo con el art. 130.1 LRJCA, 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. El párrafo 2 dispone que la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Un supuesto similar ha sido ya resuelto recientemente por sentencia de esta misma Sala y Sección de 15-3-12, que se expresaba en los siguientes términos:

"... conviene recordar la doctrina de la casación en el precedente Fundamento de Derecho expuesta -y entramos al examen del primer presupuesto- STS de 12-7-2004, rec. 60/2004 (vid. STS de 17-2-2010, rec. 1718/2009): "Es doctrina de esta Sala que la apariencia de buen derecho, al margen de que sólo puede ser un factor importante, como han indicado los Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de

1998 y la sentencia de 10 de julio de 1998, para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados, por quien solicita la suspensión, exige, según reiterada jurisprudencia, su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.”

Ciertamente esta misma Sala y Sección en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2011 (recurso nº 534/2011), que a su vez transcribe otra dictadas por la Sección Primera, se ha pronunciado sobre el Decreto 104 y 105/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía en sentido estimatorio parcial del recurso del recurso anulando Disposición Adicional Segunda del primero de los señalados Decretos, con fundamentos del tenor siguiente: “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 Decreto que aprobaba los estatutos de EGMASA), 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”.

(...) “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 en empresas...”

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

las normas laborales y otra bien distinta 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”.

(...) “Por lo demás, 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 del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras 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 flagrante vulneración de esos derechos fundamentales, no queda enervada por la redacción dada al segundo párrafo de la Disposición Adicional Segunda que resulta, valga la expresión, una perogrullada, 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 como denuncia el Ministerio Fiscal 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”.

Por ello, no cabe sino la confirmación del auto apelado por cuanto la apariencia de buen derecho concurre con la suficiente intensidad y determina la ineficacia o pérdida de la finalidad del recurso, siquiera provisionalmente, sin que se pueda escudar la Administración en una

prevalencia de intereses generales y públicos, desde el momento que la integración del personal laboral en la Agencia pueda propiciar una inadecuada prestación del servicio público que constituye su objeto. El recurso, así, ha de ser desestimado.

TERCERO.- Las costas han de ser impuestas a la parte apelante al ser desestimado totalmente el recurso, de conformidad con el art.139 LJCA.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y ~~demás de general y~~ pertinente aplicación

MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de apelación interpuesto contra el auto expresado en el antecedente de hecho primero de esta nuestra sentencia, que se confirma en toda su integridad, sin hacer expresa condena en las costas de esta apelación.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.