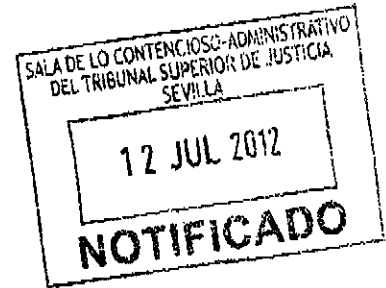


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Apelación 346/2012
Recurso 418.1/11 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº
14 de Sevilla

SENTENCIA



Ilmo. Sr. Presidente
Don Francisco José Gutiérrez del Manzano
Ilmos. Sres. Magistrados
Doña María Luisa Alejandre Durán
Don Eugenio Frías Martínez

MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS

En la ciudad de Sevilla, a diez de julio de dos mil doce. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, ha visto la apelación referida en el encabezamiento interpuesta por JUNTA DE ANDALUCÍA representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos contra auto dictado el día 13 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Sevilla. Ha sido parte apelada ASOCIACIÓN AL ANDALUSÉ DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, ASOCIACIÓN DEFIENDO MI DERECHO Y GESTIÓN PÚBLICA Y OTROS representados por la Procuradora Sra. Martín Losada y defendidos por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 14 de Sevilla se dictó auto en el recurso 418.1/11.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación, de los escritos de las partes recurrentes se dio traslado en el Juzgado a las demás partes y se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 9 de julio de 2012, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Eugenio Frías Martínez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto impugnado otorgó la medida cautelar de suspensión de 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 de Personal en la Agencia Andaluza del Conocimiento.

SEGUNDO.- Se mantiene en la apelación, la falta de competencia para el dictado de la medida cautelar y que no existe apariencia de buen derecho porque la Sala de Málaga ha desestimado un recurso contra los Estatutos el Decreto 101/11 que aprueba los estatutos de la Agencia Andaluza de Servicios Sociales y Dependencia.

TERCERO.- Las cuestiones relativas a la competencia del órgano judicial para el conocimiento del asunto son propias del recurso principal y no de la pieza de medida cautelar. Dicha cuestión, como pone de manifiesto el auto impugnado,

fue resuelta en los autos principales, reconociendo la competencia del Juzgado y la continuación del procedimiento, por lo que debe estarse a lo allí resuelto. Además, como muy adecuadamente se indica en el auto, esta Sala ha señalado reiteradamente que los protocolos de integración son actos administrativos cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Siendo competente el Juzgado para el enjuiciamiento carece de fundamento la alegación efectuada en el recurso de apelación de falta de capacidad del órgano para dictar una medida cautelar en un asunto de su competencia.

CUARTO.- En nuestro ordenamiento jurídico ~~rige la regla~~ **MARIANO AGUAYO ABOGADOS** general de ejecutividad de los actos ~~administrativos~~ (artículos 56, 57, y 94 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), pese a la impugnación tanto en vía administrativa como jurisdiccional, de forma que sólo cabe acordar en vía jurisdiccional la suspensión en aquellos supuestos en que previa valoración de todos los intereses en conflicto, se considere que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, según establece el artículo 130.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En todo caso dispone el número 2 del citado artículo, que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

Para acordar la suspensión la jurisprudencia ha seguido tradicionalmente los siguientes criterios:

1º) La existencia de periculum in mora como presupuesto esencial y básico, esto es, que la ejecución del acto

ocasiona al administrado daños o perjuicios de difícil o imposible reparación.

2º) La admisión del "fumus boni iuris", o apariencia de buen derecho, como elemento integrador del antiguo artículo 122 a efectos de otorgar la protección cautelar a quien la ostente, en una nueva exégesis de este artículo para acomodarlo al artículo 24 de la Constitución, entendiéndolo como una derivación del derecho a una tutela judicial efectiva el derecho a una tutela cautelar a fin de evitar la frustración de la sentencia final; criterio este que debe considerarse implícito y subsistente en la vigente Ley.

3º) La ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso; el juicio cautelar es un juicio ponderativo, que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, por una parte, la producción con la ejecución de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil y, por otra, y ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que ese interés se encuentre en juego.

QUINTO.- La apariencia de buen derecho es un factor coadyuvante 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, 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". En el mismo sentido las sentencias, posteriores de esta misma Sala y Sección, dictadas en los recursos 366/11 413/11, 415/11.

Idéntico supuesto se produce en la Resolución impugnada por el que se pretende integrar al personal al servicio de las entidades instrumentales como personal laboral de la Agencia Andaluza del Conocimiento 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 desestimación del presente recurso de apelación, porque la alegación sobre la existencia de una sentencia desestimatoria de Málaga sobre el Decreto que aprueba los Estatutos de una Agencia es contraria al criterio reiterado de esta Sala y la de Granada que sobre la misma Agencia ha declarado la nulidad de la integración.

Como la Resolución impugnado es un acto de aplicación de una norma y esta Sala es competente para pronunciarse sobre la ilegalidad de la misma, la apariencia de buen derecho en la que se sustenta el auto impugnado, permanece, sin que quepa modificarla o revocarla en sentido alguno.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas al recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por JUNTA DE ANDALUCÍA contra el auto dictado el 13 de enero de 2012 por el Juzgado

de lo Contencioso Administrativo Número 14 de Sevilla; con imposición de las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma, junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.

MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS