

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso número 414/2011- DERECHOS FUNDAMENTALES

02 NOV 2011

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente
Don Julián Moreno Retamino
Ilmos. Sres. Magistrados
Doña María Luisa Alejandre Durán
Don Eugenio Frías Martínez

MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS

En la ciudad de Sevilla, a dos de noviembre de dos mil once. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha visto el recurso número 414/2011, interpuesto por ASOCIACIÓN AL ANDALUS DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, ASOCIACIÓN DEFIENDO MI DERECHO Y GESTIÓN PÚBLICA Y por MARÍA DE LOS DOLORES DE LA HABA BARBERO Y OTROS, representados por la procuradora Sra. M^a Dolores Martín Losada y defendidos por letrados en ejercicio, contra el Decreto de la JUNTA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA), representada y defendida por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

La cuantía del recurso se fija en indeterminada.

Es Ponente la Ilma. Sra. D^a. María Luisa Alejandre Durán.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El recurso por el procedimiento especial de derechos fundamentales se interpuso el día 16 de mayo de 2011 contra la Disposición General que se citará en el Fundamento de Derecho Primero.

SEGUNDO.- En la demanda, las partes actoras solicitan de la Sala se dicte Sentencia que declare la nulidad del Decreto impugnado o subsidiariamente la Disposición Adicional II, con los demás pronunciamientos de constancia.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de demanda, la Administración demandada, y al Ministerio Fiscal, contestaron en tiempo y forma.

CUARTO.- Finalizado el plazo de prueba, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia con citación de las partes, señalándose para votación y fallo el día 31 de octubre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, el Decreto 103/2011 de 19 de abril (BOJA nº 83 de 29 de abril), por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, cuya Disposición Adicional Segunda dispone 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.

SEGUNDO.-Tanto los demandantes, como el Ministerio Fiscal, analizan con carácter previo, la naturaleza jurídica y reglamentación del Órgano transformado en Agencia Pública Empresarial, de manera que el precedente del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, lo constituyó, la denominada Empresa Pública de Gestión de Programas y Actividades Culturales, creada por Decreto 46/1993, adscrita a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente. Actuaba en régimen de Entidad de Derecho Público con sujeción a sus propias normas especiales en lo referente a su estructura y funcionamiento, a la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma y su Reglamento, a la Ley de Hacienda Pública y demás de aplicación en su régimen económico y financiero y a las normas de Derecho Privado, Mercantil, Civil y Laboral que le sean aplicables por lo que respecta a sus relaciones jurídicas externas, adquisiciones patrimoniales y contratación de cualquier índole, el régimen de personal y en general sus actividades con terceros. En el mes de abril de 2010 por Decreto 138/2010 pasó a denominarse Instituto Andaluz de las Artes y las Letras. Por tanto todo el personal ha sido contratado en régimen de derecho Privado, régimen, que como alega el Ministerio Fiscal difiere notablemente del régimen de acceso y reglamentación del personal funcionario y laboral de la Administración, de manera que su estatuto jurídico es ajeno al concepto de empleado público que contiene el artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007. Por la llamada Ley de Reordenación del Sector Público Andaluz 1/2011, dicha entidad -Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, pasa a denominarse Agencia Andaluza de Instituciones Culturales y a diferencia de lo ocurrido en el Decreto 138/2010, se modifica su régimen jurídico, pasando a tener la consideración de Agencia Pública Empresarial, dedicada a la

realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios y producción de bienes de interés público, sin actuar en régimen de libre mercado y sometida al Derecho Administrativo en cuanto al ejercicio de potestades públicas y demás aspectos a que se refiere el art 69. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Junta de Andalucía, modificada por la Ley 1/2011. Ello determina según los actores, que al integrarse el personal del extinto Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, que no tenía atribuidas potestades ni funciones públicas, pasa a formar parte de la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, ejerciendo directa o indirectamente funciones y potestades reservadas por una Ley Básica a los empleados públicos que accedieron a la Administración por los sistemas legales y constitucionales. Siendo contratados por el régimen de Derecho Privado, la integración supone que automáticamente se convierten en empleados públicos al servicio de una Administración Pública, cuya única forma de acceso por imperativo del artículo 23. 2 de la Constitución, ha de estar sustentada en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de ahí que la propia Ley de Ordenación, establezca: A El personal de las Agencias Públicas Empresariales será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad,

Por ello 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 Segunda, 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 Segunda, vulnera los Derechos Fundamentales del artículo 14 y 23.2, denunciando la falta de motivación en esta forma de proceder y porque la integración del personal que propugna, se aleja de los principios básicos constitucionales de acceso, que según doctrina del Tribunal Constitucional"; Sólo pueden ser exceptuados por muy excepcionales razones objetivas, sin que sea suficiente escudarse en el amparo de la Ley 1/2011. Añade además, que es 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.

QUINTO.- 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, sino mero cumplimiento de las normas de Derecho Laboral por sucesión de empresas, que son aplicables al personal del extinto Instituto Andaluz.

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 103/2011 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.

SEXTO.--Hemos de comenzar por resolver sobre la concurrencia de la causa de inadmisión alegada, 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 superador 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 *Apro 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 en la Disposición impugnada, 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 y no solo en el ámbito de Cultura. 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.

SÉPTIMO.- También, debe rechazarse, la causa invocada de defecto en el modo de proponer la demanda, puesto que cumple con las exigencias legales del artículo 56 de la Ley de la jurisdicción y la pretensión ni es incongruente ni incoherente, 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 Segunda en la que se materializa la integración del personal del Instituto Andaluz de las Artes y Letras y por tanto la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Tampoco apreciamos la 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 L.J. (Nulidad), 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 vulnere 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 del extinto Instituto Andaluz, 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 del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia Empresarial de Actividades Culturales, realice o no funciones públicas.

OCTAVO.- 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.

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 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.

NOVENO.- 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.

DÉCIMO.- 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 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 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.

La prueba documental practicada en estos autos ha demostrado la integración efectiva de 534 trabajadores del extinto Instituto de distintas categorías y niveles(aunque la mayoría, 373 son del Grupo A) como personal laboral de la Agencia Andaluza de

Instituciones Culturales, sin que según los certificados solicitados se haya integrado ningún funcionario o personal laboral fijo de la Administración de la Junta de Andalucía, por lo que todo el personal de la Agencia en el momento actual ha accedido directamente a la misma, con quiebra absoluta al 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 ss del Estatuto Básico del Empleado Público.

UNDÉCIMO.- 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 procedente aplicación,

FALLAMOS

**MARIANO
AGUAYO
ABOGADOS**

Que rechazando las causas de inadmisibilidad debemos estimar y estimamos en su pretensión subsidiaria el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ASOCIACIÓN AL ANDALUS DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, ASOCIACIÓN DEFIENDO MI DERECHO Y GESTIÓN PÚBLICA** y por **MARÍA DE LOS DOLORES DE LA HABA BARBERO Y OTROS** contra el Decreto 103/2011 de 19 de abril (BOJA nº 83 de 29 de abril), por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, declaramos la nulidad de su Disposición Adicional Segunda por vulneración de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española. Sin Costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución

indicándoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera de Tribunal Supremo, recurso que habrá de prepararse ante este Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución.

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