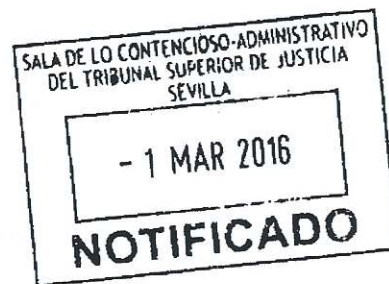


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Recurso número 704/2014



SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente

Don Julián Moreno Retamino

Ilmos. Sres. Magistrados

Doña María Luisa Alejandre Durán

Don Eugenio Frías Martínez

En la ciudad de Sevilla, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis. 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 704/2014, interpuesto por ASOCIACIÓN "AL ANDALUS" DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA,

ASOCIACIÓN DEFIENDO MI DERECHO Y GESTIÓN PÚBLICA
representada por el procurador Sr. Escribano del Vando y
defendida por el letrado Sr. Hermoso Alcalde, contra el
Decreto de la JUNTA DE ANDALUCÍA (CONSEJERÍA DE ECONOMÍA,
INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO), 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 se interpuso el día 31 de
octubre de 2014 contra la Disposición General que se
citará en el Fundamento de Derecho Primero.

SEGUNDO.- En la demanda, la parte actora solicita de
la Sala se dicte Sentencia que declare la nulidad del
Decreto impugnado o subsidiariamente la de los nuevos
artículos 2 apartado m), artículo 10; apartado 1,
artículo 12; letras f), ñ), t) ,u) y x), apartado 2,
artículo 12 letra o) del apartado 2 y apartado 3, del
artículo 13 y su Disposición Final Primera.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de demanda, la
Administración demandada contestó en tiempo y forma.

CUARTO.- No solicitado recibimiento del proceso a
prueba, sí formulación de conclusiones lo que se llevó a
cabo en tiempo y forma, quedaron las actuaciones
conclusas para sentencia con citación de las partes,
señalándose para votación y fallo el día 22 de febrero
del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación
y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna, el Decreto 122/2014 de 26 de agosto (BOJA nº 171 de 3 de septiembre), por el que se modifican los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía aprobados por Decreto 26/2007, de 6 de febrero.

SEGUNDO.- Se fundamenta el recurso en:

- El Decreto es nulo de pleno derecho por vulnerar el procedimiento previsto en el artículo 45 de la Ley 6/2006 de 24 de octubre de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía por carecer de autorización para iniciar la modificación del Decreto 59/2005 de 1 de marzo, ausencia de trámite de audiencia a la Asociación, ni de la modificación del Decreto de VIASA, porque los trámites de éste, son posteriores al de audiencia. Ausencia de informes preceptivos.

- Vulneración del principio de reserva de Ley artículo 149.1.18º de la Constitución, de los artículos 68, 69 y 70 en relación con los artículos 55, 56, 57 y 59 de la Ley 9/2007 de Administración de la Junta de Andalucía y arts 97 y 103 de la Constitución y del artículo 9.2 de la Ley 7/2007 por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público al atribuir potestades públicas a la Agencia sin previa adscripción de personal funcionario, vulneración del artículo 23.2 y 148.1.18 CE al conculcar la previsión de prevalencia de régimen funcional.

-Vulneración al artículo 14 y 81 de la Ley 7/2007 EBEP al prever la sumisión del personal funcionario que se adscriba a la AEE a instrucciones de personal laboral

y de confianza política.

TERCERO.- La Administración demandada alega con carácter previo la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación ad causam de la Asociación, pero debemos rechazarla como en ocasiones anteriores, en las que se impugnaban Decretos similares de aprobación o modificación de estatutos de Agencias, confirmadas en este concreto extremo por el Tribunal Supremo (la más reciente STS 2 septiembre de 2015), ya que la pretensión de nulidad mantenida por la Asociación, guarda relación con el círculo de sus intereses, de defensa de los funcionarios públicos, y a pesar del carácter esencialmente organizativo de Decreto, no la excluye a priori del ámbito de su actividad, pues ello no sería acorde con la apreciación del interés profesional cuya defensa se confía a dicha Asociación.

De manera que sin prejuzgar los concretos motivos de impugnación, pudiendo afectar la regulación contenida en la Disposición impugnada a las condiciones de trabajo los funcionarios públicos que representa la Asociación, al ejercicio de las potestades administrativas que aquellos tienen legalmente encomendadas, a su carrera profesional etc, no es posible negar la legitimación de la Asociación conforme a lo dispuesto en el artículo 19 b de la Ley Jurisdiccional.

CUARTO.- Comenzando entonces, por el primer motivo de impugnación, es decir la vulneración del artículo 45 de la Ley 6/2006 por falta de audiencia de la Asociación, compartimos al respecto los argumentos del letrado de la Junta de Andalucía, porque consta en el expediente la audiencia de las entidades sindicales representativas de los funcionarios y empleados públicos, por lo que los intereses de este colectivo aunque hayan

sido ignorados, han estado presentes y defendidos, y aunque la Asociación ha tenido parte activa en la impugnación de numerosas disposiciones de la Junta de Andalucía relativas a la reordenación del sector público, como antes a la regulación de concursos, es una Asociación de carácter voluntario y no consta que hayan sido con anterioridad interlocutores con la Administración en relación con la materia normativa, o que se hay oído a otra Asociación privada con los mismos intereses.

Decir que atendiendo a la naturaleza jurídica del Decreto, esencialmente organizativo y su adecuación a las previsiones contenidas en la Ley 9/2007 sobre el régimen de las Agencias Públicas Empresariales, tras las modificaciones introducidas por la Ley 1/2011, nada innova el Decreto respecto a la Ley que exige dicha adecuación, y en esa adaptación imperativa no es posible la negociación. En todo caso según la Exposición de Motivos de la Ley 1/2011 dicha negociación tuvo lugar antes de abordarse la reordenación del Sector Público Andaluz en la Mesa General de Negociación y en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Es la Ley, por tanto la que establece las condiciones de trabajo que podrían verse afectadas y no el Decreto que en su artículo 34 modificado se remite literalmente al artículo 69.3 de la Ley 9/2007, que a su vez lo hace respecto a los funcionarios públicos al Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Administración de la Junta de Andalucía y en especial la regulación sobre jornada, horario y retribuciones conforme a la normativa de la función pública de la Administración de la Junta de Andalucía.

Con relación al defecto de tramitación de la modificación en el Decreto 59/2005, por infracción del artículo 45.1 a) de la Ley 6/2006 de 24 de octubre, no es

un vicio que determine la nulidad pretendida, porque la intervención del Consejero que lo propone y la aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía del que aquél forma parte validaría o subsanaría el posible defecto de inicio. Constan los informes que se consideran necesarios y los preceptivos de letrado del Gabinete Jurídico y del Consejo Consultivo y tal como constan en los folios 99 , 100, 145 a 148, 116 a 118 139 a 144, 120 y 123, 195 a 200 y 267 y siguientes dichas memorias e informes se ampliaron a la versión definitiva del Decreto que contenía la Disposición Final Primera relativa a la modificación del artículo 7 del Decreto 59/2005 sobre el control administrativo a través de VIASA como medio instrumental propio o a través de Organismos de control, que no podrá implicar la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas al Derecho Administrativo.

Sin embargo si es procedente el recurso en cuanto al fondo de esta modificación, porque a diferencia del resto de los artículos que se limitan a reproducir la Ley 9/2007 y que atribuyen a la Agencia potestades administrativas, porque son según la Disposición adicional décima medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía y por tanto obligadas a cualquier encomienda de gestión en las materias propias de su objeto y fines.

Una Sociedad Anónima como es VIASA, no es, según la Ley antes citada, medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía , de ahí que la modificación del Decreto sobre las facultades de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y requisitos de seguridad, así como de inspección atribuidas o realizadas a través de una empresa mercantil como medio propio instrumental, vulnera dicha Disposición adicional décima y lo que es más importante, el mandato expreso de la propia Ley Andaluza artículo 75, que

prohíbe expresamente la atribución de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas a sociedades mercantiles, y la reserva funcional que configura el artículo 9.2 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que procede en consecuencia la nulidad de la modificación del artículo 7 del Decreto 59/2005 llevada a cabo por la Disposición Final del Decreto aquí revisado. En este sentido la última sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2015.

QUINTO. Debe desestimarse sin embargo el motivo de nulidad de pleno derecho del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, por infracción del principio de reserva de ley, por cuanto estima la actora, se han modificado la naturaleza y fines de la Agencia en su artículo 1 y 2, incorporando peculiaridades respecto a su régimen general, que según la Disposición Transitoria Única y artículo 59 exigen la adecuación por Ley.

Y ello, porque la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía antes Instituto de Fomento de Andalucía, fue creada precisamente por una Ley, la 3/1987 de 23 de septiembre, como entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1 b) de la Ley de La Hacienda Pública, siendo sus Estatutos aprobados por Decreto 26/2007 de 6 de febrero, y es la propia Ley 9/2007 modificada por la Ley 1/2011, la que confiere la naturaleza y régimen jurídico de **agencia pública empresarial** a todas las entidades creadas por Ley conforme al artículo 6.1 b, exigiendo únicamente esa adecuación por Ley, cuando incorpore peculiaridades respecto al régimen general de cada tipo de entidad, lo que no ocurre en el presente caso, que siendo según la Ley, una Agencia Pública Empresarial se le aplica el régimen general previsto en los artículos 68 y 69 de la

Ley 9/2007 sin peculiaridad alguna, de ahí que el artículo 2 del Decreto se limite a reproducir lo dispuesto en el artículo 69.1 de la norma.

Es decir es la Ley y no el Decreto, la que cambia su naturaleza jurídica, sometiéndola al Derecho Administrativo y por tanto la que le atribuye las potestades administrativas correspondientes para el cumplimiento de los fines que tengan atribuidas por esta ley, sus estatutos, Ley General de Hacienda Pública y demás disposiciones de general aplicación.

Se respetan por tanto los artículos 52 y 59 apartado 2 de la Ley 9/2007 en su redacción vigente, al llevarse a cabo la modificación de los Estatutos de la Agencia por Decreto aprobado por el Consejo de Gobierno que se limita insistentemente, a adecuarlos a las previsiones legales de reordenación del sector público andaluz.

SEXTO.- El planteamiento del resto de los motivos de impugnación del Decreto resultaría acertado, si no fuera porque, es de nuevo la Ley de Reordenación del Sector Público Andaluz la que ha cambiado el régimen jurídico de la Agencia, a Agencia Pública Empresarial, entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia adscrita a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo o de aquella que tenga atribuidas las competencias en materia de promoción económica o de industria o desarrollo empresarial, por tanto Administración Pública Instrumental. Y conforme al artículo 2.3 de La Ley 9/2007 tiene atribuidas para el ejercicio de sus competencias en tanto sean expresamente reconocidas por las leyes y sus estatutos, potestades y prerrogativas. Por su parte el artículo 55 de la Ley establece "Dentro de la esfera de sus competencias, corresponden a las agencias, las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos en sus estatutos,

salvo la potestad expropiatoria" . En el mismo sentido, el artículo 2.2 de la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común 30/1992.

Es decir es la Ley la que atribuye las potestades administrativas, limitándose el Decreto a enumerar las necesarias para el cumplimiento de sus fines generales. Y es esa misma Ley, reproducida en el artículo 34 de los estatutos impugnados, (artículo 70.1), la que establece el régimen jurídico del personal de la Agencia, sometido al Derecho Laboral.

De ahí, la seria preocupación de la Asociación sobre que sea este personal laboral, el que lleve a cabo el ejercicio de potestades administrativas reservadas constitucional y legalmente a los funcionarios públicos. Preocupación que comparte este Tribunal. Sin embargo el legislador andaluz lo ha solventado al menos formalmente en el artículo 69 apartado 2 y 3 de la Ley 1/2011 y Disposición Adicional Quinta y Sexta, que se reproduce a su vez el artículo 34 de Decreto, contemplando que las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, que deben corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública (artículo 9.2 del EBEP), podrá llevarlas a cabo bajo la dirección funcional de la agencia empresarial, el personal perteneciente a la Consejería a la que esté adscrita. A tal fin se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondientes y las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial.

Por tanto el Decreto no atribuye potestades administrativas al personal laboral, sino que respeta la reserva de ese ejercicio a los funcionarios públicos que se adscriban, lo que la Ley difiere a la Relación de

Puestos de Trabajo de la Consejería de la que dependa (y no a los Estatutos).

Ahora bien, no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia, que en este caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo," que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución etc, de naturaleza indudablemente administrativa.

Pero en todo caso, como afirma la letrada de la Junta de Andalucía, serían las actuaciones concretas las que adolecerían del vicio denunciado, no la aprobación del Decreto que insistimos respeta al menos formalmente la Ley 9/2007 y el artículo 9.2 del Estatuto Básico.

Por último tampoco apreciamos vulneración de los artículos 14 y 81 del Estatuto Básico, porque el régimen jurídico de los funcionarios adscritos a la Agencia no se ve alterado (artículo 34 de Decreto), tampoco su inamovilidad ya que la adscripción sería voluntaria, y se instrumenta a través de las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo de la Consejería de la que dependen, aunque las funciones se ejerzan bajo la dirección funcional de la Agencia cuyo titular aunque personal de confianza , es funcionario al ser nombrado por el Consejo de Gobierno según prevé la Disposición

Adicional Quinta y Sexta de la Ley 1/2011 y el propio Decreto.

Respecto a la falta de control financiero y en la contratación administrativa por no existir funcionarios públicos, tampoco se deduce este vicio de la mera aprobación del Decreto, ya que en su artículo 1 somete el control de eficacia de la Agencia a la Consejería competente, sin perjuicio del control de la Consejería de Hacienda conforme al Decreto Legislativo 1/2010 y en la celebración de contratos y suscripción de convenios así como el ejercicio de las prerrogativas se rigen por la Ley de Contratos del Sector Públicos, de manera que deben sujetar la actuación concreta a dicha normativa esencialmente administrativa que exige que las funciones que implican como las denunciadas la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, sean llevadas a cabo por funcionarios públicos.

SÉPTIMO.- Resulta obvio que por razones de oportunidad, se ha optado en nuestra Comunidad Autónoma por una Administración Instrumental en detrimento de la Administración Central y de los funcionarios públicos que la integran, que están viendo mermadas sus funciones y carrera profesional, pero sería la Ley a la que se adapta el Decreto y que establece el régimen jurídico de las Agencias y de su personal a la que se podría imputar las vulneraciones constitucionales denunciadas, sin embargo el Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de noviembre de 2015 ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad que pendía contra aquella n°2733/2011 por lo que no existe reproche que hace la actora y los dos votos particulares de la sentencia del Pleno referida.

No obstante la Administración Instrumental como cualquier Administración Pública está conforme a la

Constitución Española, y artículo 133 del Estatuto de Autonomía, sujeta al pleno sometimiento a la Ley y al resto del Ordenamiento Jurídico, por lo que en todo caso deberán respetarse las previsiones de Decreto y de la Ley respecto a la reserva funcional de todas aquellas funciones que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas enumeradas en el propio Decreto artículo 2 (ejercicio de la actividad subvencionadora que comprende inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas, revisión de actos y acuerdos, fe pública y certificación de actos y acuerdos, interpretación, modificación y resolución de contratos...) y que se deberá cumplir la previsión normativa de elaboración de la Relación de Puestos de Trabajo por parte de la Consejería de la que depende la Agencia, no bastando adscribir unos cuantos funcionarios interinos, que resultan a todas luces insuficientes dadas las numerosas potestades administrativas que tiene encomendada la Agencia.

Será entonces cuando la Asociación podrá articular toda la defensa de los intereses profesionales de los funcionarios plasmadas en esas Relaciones de Trabajo, así como velar porque las actuaciones concretas de la Agencia reservadas a los funcionarios, no sean atribuidas y desempeñadas por el personal laboral integrado en la Agencia.

OCTAVO De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional al ser la estimación parcial, no procede hacer expresa imposición de costas.

FALLAMOS

Que rechazando la causa de inadmisibilidad debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN "AL ANDALUS" DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, ASOCIACIÓN DEFIENDO MI DERECHO Y GESTIÓN PÚBLICA, contra el Decreto 122/2014 de 26 de agosto (BOJA nº 171 de 3 de septiembre), por el que se modifican los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía aprobados por Decreto 26/2007, de 6 de febrero, declarando la nulidad de la Disposición Final que da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del Decreto 59/2005 de 1 de marzo por su disconformidad con el Ordenamiento Jurídico. 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.