

**SENTENCIA N° 26/2012**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**Procedimiento Ordinario nº: 546/2011**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:**

**PRESIDENTE:**

**D FERNANDO DE LA TORRE DEZA**

**MAGISTRADOS.:**

**DÑA. MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ**

**D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ**

**DOÑA TERESA GÓMEZ PASTOR**

**D. JOSÉ BAENA TENA**

**D. SANTIAGO CRUZ GÓMEZ**

**D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ**

**Sección Funcional 2ª**



En la Ciudad de Málaga a 16 de Enero de 2012

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el Recurso Contencioso-Administrativo número 546/11 interpuesto por Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía representado por el Procurador D. Avelino Barrionuevo Gener contra la Consejería para la Igualdad y el Bienestar social de la Junta de Andalucía.

Ha sido Ponente el/la Ilma/o. Sr./a. Magistrado/a. D. Fernando de la Torre Deza quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- Por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía, representado por el Procurador D. Avelino Barrionuevo Gener ., se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra “el Decreto 101/2011, de 19 de Abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios y Dependencia de Andalucía”, registrándose el Recurso con el número **546/2011**.

**SEGUNDO**.- Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

**TERCERO**.- Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.

**CUARTO**.- Recibido el juicio a prueba fueron propuestas y practicadas las que constan en sus respectivas piezas, y no siendo necesaria la celebración del vista pública, pasaron los autos a conclusiones, que evacuaron las partes en tiempo y forma mediante escritos que obran unidos a autos, señalándose seguidamente día para votación y fallo.

**QUINTO**.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO**.- Se centra el objeto del recurso en determinar si el Decreto 101/11 de la Junta de Andalucía por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios y Dependencia de Andalucía, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 29 de Abril de 2011, es ajustado o no a derecho, entendiéndose la parte recurrente que no lo es y ello en base a los siguientes motivos:

En primer lugar porque la ley 1/11 de Andalucía, en cuanto que modifica los artículos 68 y 69 de la Ley 9/07 es contraria al art. 9.3 de la Constitución en tanto en cuanto, al no concretar cuando la Agencia que se crea actúa bajo el derecho privado y cuando bajo el derecho administrativo, supone una inseguridad jurídica contraria a dicho precepto constitucional, a la par que la Disposición Adicional Cuarta en un apartado 1-A de dicha ley, en cuanto que prevé la integración del personal funcionario en una Agencia Pública de forma voluntaria y como personal laboral, conculca el principio de inamovilidad de los funcionarios públicos al no concretar la situación quedaría los

funcionarios que no se integren en la Agencia Pública Empresarial, ni el desempeño de que puestos de trabajo pasaran a desarrollar, lo que supone una confusión que genera una indefensión proscrita en el art. 24 de la Constitución. En segundo lugar porque al identificar a los funcionarios públicos con el personal laboral se conculca lo dispuesto en los arts 103 y 149.1.18 de la Constitución, en la medida en que dicho precepto, 103.3 de la Constitución otorga una preferencia por el sistema de funcionario público a la par que las funciones que impliquen ejercicio de autoridad deben ser desempeñadas por funcionarios públicos, lo que resulta desconocido en la ley 1/11 en cuanto que da preferencia al personal laboral sobre el funcionario público. En tercer lugar porque la Disposición Adicional 4ª de la Ley 1/11 trasladada al Decreto impugnado conculca lo dispuesto en los arts. 14 y 23 de la Constitución toda vez que al integrarse en la Agencia Pública Empresarial al personal

4. Laboral contratado en la Fundación, con igualdad de derechos, conculca lo dispuesto en los artículos 14 y 103 de la Constitución en tanto en cuanto su acceso no ha venido precedido de un proceso de libre concurrencia en igualdad de condiciones presidido por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En cuarto lugar porque la reordenación llevada a cabo a través del Decreto impugnado, se ha hecho al margen de la negociación con las organizaciones sindicales representantes de los funcionarios de carrera y del personal laboral fijo de la Junta de Andalucía, siendo fruto del acuerdo alcanzado con la Confederación de Empresarios de Andalucía y los Sindicatos UGT Y CC.OO.lo que conculca lo dispuesto en los artículos 28 y 37 de la Constitución. En quinto lugar porque la Disposición Adicional Tercera del Decreto en cuanto que contempla la posibilidad de que las Agencias Públicas Empresariales que se creen, puedan ejercer potestades públicas y que por ello los funcionarios que formen parte de ella, que dependen de una Consejería de la Junta, se integren en la nueva Agencia no es ajustada a derecho porque al contemplarse como voluntaria la integración y disponerse que las potestades que se atribuyen a las Agencias Públicas Empresariales solo pueden ser ejercitadas por funcionarios de carrera, en realidad no existe voluntariedad en la integración por parte de los funcionarios de carrera, lo que quebranta lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 7/07, a la par que en lo atinente a la regulación de la movilidad se conculca lo dispuesto en el art 81 de la ley 7/07 ya que la regla general es la voluntariedad y la excepción la movilidad o traslado, conculcación que se proyecta a lo dispuesto en los arts 67 y 70.3 de la Ley 9/07 de Andalucía toda vez que el personal funcionario de carrera dependerían en el desempeño de su trabajo de personal laboral de confianza nombrado por la Consejería sin observar lo dispuesto en los art 8.4 y 9 del Decreto 390/86. En sexto lugar porque en orden al análisis concreto de los diversos preceptos del Decreto, no resultan ajustados a derecho los siguientes por lo que respecta al Decreto : La Disposición Adicional Primera en cuanto que dispone que la disolución de la Fundación y la cesión y subrogación en la Agencia, tendrá lugar el día de la constitución de estos, contraviene lo dispuesto en los arts. 14,23 y 103 de la Constitución; la Disposición Adicional Segunda, en cuanto que dispone la

integración, vulnerando la normativa del acceso a la función pública, quebranta lo dispuesto en el art 8 de la ley 7/07; la Disposición Adicional Tercera en cuanto que prevé la adscripción funcional del personal funcionario estableciendo además las condiciones de trabajo, retribuciones y horarios contraviene lo dispuesto en los artículos 14 y 81 de la ley 7/07; la Disposición Adicional Cuarta en cuanto que dispone que el personal funcionario que se integra en la Agencia, lo hará bajo la condición de personal laboral, quebranta el principio de inamovilidad del art 14 de la ley 7/07. Por lo que respecta a los Estatutos porque el art 1º incurre en el vicio de inconstitucionalidad al tener un título habilitante en una norma incurra en tal vicio; el art. 2º contraviene el principio de seguridad jurídica; el art 7º en cuanto a los fines de la Agencias, efectúa una delegación de competencia por parte es la Consejería, que contraviene lo dispuesto en el art. 68.1B de la ley 9/07 de Andalucía; el art. 8 en cuanto que atribuye prerrogativas públicas a las Agencias contraviene lo dispuesto en los art. 54.2, 68 y 69 de la Ley 9/07 de Andalucía; el art 9 en cuanto que no concreta las competencias de las Agencias contraviene lo dispuesto en el art. 9 de la ley 9/07 citada; el art 10 relativo al desarrollo de la actividad de la Agencia a través de convenios, cooperación y coordinación, porque por ser excesiva , generalidad y falta de concreción; supone una externalización .sobreañadida de los servicios públicos; el art. 15 en cuanto que previene de designación del personal de la Gerencia por el Consejo de Gobierno, sin exigir la condición de funcionario público quebranta lo dispuesto en el art. 62 de la Ley 30/92; el art. 15.2 en sus letras L,4,5,L,M,N,O,P,Q y R porque contravienen lo dispuesto en los artículos 16 y 20 de la Ley 7/07; el art. 23 en cuanto que da un trato favorable al personal laboral proveniente de la Fundación impone una discriminación con respecto a los funcionarios de carrera; el art. 24 porque la materia retributiva debe ser negociada con las fuerzas sindicales integrantes de la Mesa de Negociación; el art. 25, relativo al catalogo de Puesto de Trabajo y Plantillas relación de personal y RPT porque contraviene lo dispuesto en el Decreto 390/86 y en los arts 28 y 37 de la Constitución y en la ley 11/85; el art. 26 relativo a las necesidades de personal de la Agencia porque contraviene lo dispuesto en el art 70 de la ley 7/07 y en el art 74 de la ley 9/07; el art 28 al regular los criterios para la evaluación del desempeño porque no se ajusta a lo dispuesto en el art 20 de la ley 7/07; y el art 29 en cuanto que establece que la negociación en el marco de la Agencia se llevará a cabo por las fuerzas sindicales representantes del personal laboral porque quebranta lo dispuesto en los art 28 y 37 de la Constitución; por todo lo cual interesó el dictado de una sentencia por la que se declarase la nulidad del Decreto 101/11 impugnado así como de los preceptos de los Estatutos mencionados en la demanda.

A todo ello se opuso la parte demandada, que entendiendo ajustada a derecho la norma recurrida así como los Estatutos, interesó la desestimación del recurso, por las razones que se irán exponiendo al contestar a los motivos alegados por la demandante

**SEGUNDO.-** Dejando a un lado la cuestión relativa a la legitimidad del Sindicato recurrente y con respecto a la cual éste entiende que se encuentra legitimado para la interposición del recurso contencioso-administrativo, dejación que se hace en tanto en cuanto la parte demandada no se opone a la misma, ni esta Sala ve motivo alguno para negarla y antes de entrar a conocer acerca de los motivos aducidos por la recurrente, procede sistematizar los mismos, no solo para así seguir los dictados de lo dispuesto en el art 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la claridad, precisión y congruencia de las sentencias, sino porque además, lo procedente es entrar a conocer en primer lugar de aquellos que, de estimarse, pudieran conllevar la imposibilidad de entrar a conocer sobre el fondo de los distintos preceptos impugnados, como son los relativos a la validez del procedimiento seguido así como si la ley 1/11 de la que deriva el Decreto impugnado, incurre en los distintos vicios de inconstitucionalidad que se le reprochan.

**TERCERO.-** Entrando así a conocer acerca del tercero de los motivos aducidos por la parte recurrente, visto el contenido procedimental del mismo y que según quedó dicho entraba en entender que se ha prescindido de un trámite insoslayable cual es el de la Negociación en la Mesa Sectorial de la que forma parte, limitándose su actuación a un trámite de audiencia que no puede ser equiparado al de negociación, el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que al disponer el art. 33.2 de la Ley 7/07, Estatuto Básico del Empleado Público, que constituirán las Mesas de Negociación y estarán legitimadas para estar presentes entre otras y por lo que al caso importa, “ las Organizaciones Sindicales mas representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales mas representativas de las Comunidades Autónomas, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o mas de los representantes en las elecciones para Delegados y Junta de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”, y visto que al respecto la recurrente se limita a afirmar que es el sindicato mas representativo, sin acreditar al respecto que supere los límites establecidos al respecto, no puede sino concluirse lo anunciado, sin que pueda argüirse que el ámbito de la negociación eventualmente era por un lado la Mesa Sectorial de Negociación y por otro la Comisión del VI Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía, pues no solo la cuestión a negociar es propia de la Mesa General y no Sectorial, sino que además, estas últimas, en conformidad a lo establecido en el art 34 párrafos 4º y 5º de la ley 7/07 citada se

constituyen por acuerdo de las Mesas Generales a la par que sus competencias se extienden a temas comunes a los funcionarios del sector que hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta expresamente les reenvíe o delegue, lo que no consta que concurra en el actual caso, siendo así que al haber intervenido en la Mesa General de Negociación las tres centrales sindicales mas representativas, quedó cubierta la exigencia establecida en el art. 33 mencionado, por lo que el motivo ha de decaer.

**QUINTO.-** Desestimando el motivo procedimental y entrando a conocer acerca de si la ley 1/11 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en desarrollo de la cual se dicto el Decreto impugnado, incurre en el vicio de inconstitucionalidad que la parte denuncia, y partiendo del hecho de que lo que al respecto se dirá lo es a los simples efectos de resolver acerca de la procedencia o no de interponer los correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pues sabido es que al ser una ley dictada con posterioridad a la Constitución; le esta vedado la jurisdicción ordinaria conocer sobre dicha cuestión, por lo que para el supuesto en que se entendiese que como sostiene la parte, concurre dicho vicio, lo procedente sería suspender el dictado de la sentencia, y aun cuando la parte no ha interesado el planteamiento de la cuestión, ello no es óbice para conocer acerca del motivo alegado por la mencionada parte, y en este sentido no procede admitir el mismo ya que por un lado, en cuanto al confusionismo que se reprocha a la redacción de los arts. 68 y 69 de la Ley 9/07 de Andalucía así como el quebrantamiento al principio de inamovilidad de los funcionarios que se afirma vulnerado por la Disposición Adicional Cuarta 1ªA, y por ende quebrantados del principio de seguridad jurídica del art 9.3 de la Constitución; por cuanto que resultan en exceso, genéricos, en cuanto que no concretan en que medida por si mismos conculcan los referidos preceptos constitucionales, no siendo equiparable el hecho de que un precepto legal contraríe la Constitución con el hecho de que bien por su carácter abierto pueda bien interpretarse o desarrollarse con posterioridad de forma contraria a la Constitución; por otro lado, en cuanto a la vulneración de lo dispuesto en el art. 103 de la Constitución, por cuanto que una lectura de lo dispuesto en los art 18,19 y 70 de la referida ley, en modo alguno, por si mismos pueden servir de base para entender quebrantado dicho art 103, ya que el hecho de que se establezca que el personal de las agencias públicas empresariales se rija por el derecho laboral y en lo que sea aplicable por lo dispuesto en la ley 7/07, no vulnera el mencionado precepto, máxime cuando se establece que dicho personal será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad .

En cuanto al motivo por el que se entiende que la disposición adicional 4º es contraria a lo dispuesto

en los art. 14,103 de la Constitución en la medida en que según la parte recurrente contraviene los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y que bien se puede decir constituye el punto nuclear de la cuestión suscitada acerca de la legalidad de la resolución impugnada, el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que al disponer en dicha disposición adicional 4º que el personal que se integre en la nueva entidad conforme a las reglas de la sucesión de empresas podrá acceder a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solamente a través de la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público, no se alcanza a comprender en que medida, de dicha regulación, puede concluirse que los principios de igualdad, mérito y capacidad han sido conculcados pues en definitiva lo que el legislador ha dispuesto es que en su momento se llevaran a cabo pruebas selectivas de acceso libre y solamente a través de ellas podrá accederse a la función pública, siendo así que para poder concluir de ello que en realidad lo que se ha hecho es dar un trato preferente con el fin de que el personal que formaba parte de la fundación vaya a tener la condición de funcionario, sería preciso un juicio de intenciones que este Tribunal, por razones obvias de ecuanimidad y respeto a la legalidad, no puede realizar ni compartir, siendo aplicable al caso lo razonado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 20-4-05 en lo que resolviendo acerca de un supuesto de extinción de una sociedad pública en el que se establecía un sistema de ingreso para el personal de la misma en la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca, alegando la recurrente la contravención de lo dispuesto en los arts. 23.2 de la Constitución y 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, que no es por lo que respecta al primero de dichos preceptos que si no que “Sexto.- En el motivo del recurso de casación también se invoca la vulneración del artículo 23.2 de la CE EDL 1978/3879 y se ha de precisar que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE EDL 1978/3879 no confiere derecho sustantivo alguno sino que garantiza una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con exclusión de requisitos de carácter discriminatorio. Se trata (SSTC 73/1998, de 31 de marzo EDJ1998/1486 y 138/2000, de 29 de mayo EDJ2000/13815, por otras), de un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, lo que empece que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación se añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal(STC 27/1991, de 14 de febrero EDJ1991/1553, POR OTRAS); de un derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad que, al tiempo que excluye la restricción injustificada de las condiciones de acceso (SSTC302/1993, de 21 de Octubre EDJ1993/9364; 16/1998, DE 26 DE ENERO edj1998/214, por otra), condiciona el proceso selectivo (sstc 174/1996, de 11 de noviembre EDJ1996/7023; 60/1994, DE 28 DE FEBRERO edj1994/1753, por otras) y demanda que las condiciones y requisitos exigidos se refieran a los principios de mérito y capacidad, excluyendo toda diferencia de trato en el desarrollo del procedimiento selectivo (STC 115/1996, de

25 de junio EDJ1996/3445, entre otras). En el caso examinado, resultan de aplicación:

a) La Ley 16/97 de 7 de noviembre del País Vasco EDL 1997/26565, que contiene en la disposición transitoria tercera las siguientes determinaciones:

“1. El personal laboral fijo procedente de la extinta sociedad pública “Interbask, S.A.” cuyos puestos hubieran sido clasificados de naturaleza funcionarial podrá acceder a la condición de funcionario del Cuerpo al que la plaza se adscriba, siempre que reúna los requisitos de titulación exigibles para ello, mediante pruebas selectivas restringidas que serán convocadas por una sola vez...

Sin embargo, en la disposición transitoria tercera de la Ley 16/97 de 7 de noviembre, el Parlamento Vasco confirma la razonabilidad de la opción organizativa adoptada por su Ejecutivo y sanciona que la actividad sea realizada dentro de la Administración General aprovechando la estructura existente, estableciendo el procedimiento por el que se va a producir la integración en la estructura humana de la Administración, con escrupuloso respeto a las normas que rigen la conformación de éstas.

En consecuencia, existiendo esa previsión legal, la tesis que sostiene la sentencia recurrida no es estimable, pues con tal previsión ninguna lesión cabe apreciar a los principios de mérito y capacidad cuyo desconocimiento se erige en causa fundamental de la anulación por la sentencia recurrida, que procede dejar sin efecto”, en definitiva una cosa es que la citada ley por sí misma conculque los preceptos constitucionales citados y otra diferente que en su momento, una vez que se convoquen las pruebas de acceso pueda entenderse que por su contenido o requisitos, contravienen de manera efectiva los principios de igualdad, mérito o capacidad, siendo entonces cuando proceda recurrir a fin de preservar los mismos, máxime cuando además la uniformidad y rigidez en el tratamiento del acceso a la función pública pretende y sostiene la parte demandante entra en contradicción con lo resuelto por el T.S. en la sentencia de 3-9-10 en cuanto que en su fundamento de derecho sexto y al respecto estableció que

“Lo primero que debe exponerse en apoyo de esa respuesta que acaba de avanzarse es que, aunque ciertamente en cualquier actuación administrativa de nombramiento funcionarial deben regir los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel exigencia en lo relativo a la publicidad y a los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionario de carrera y para la provisión de puestos con carácter definitivo y, de otro, los que son aplicados para nombramientos temporales o de funcionarios interinos.”

En cuanto al motivo relativo a que se ha conculcado lo dispuesto en los artículos 28 y 37 de la

Constitución por entender que no se han respetado las normas relativa a la negociación, al igual que los anteriores no puede ser acogido, reproduciéndose a tal efecto lo razonado en el Fundamento Jurídico 3º de la presente resolución .

Por último, en cuanto al motivo relativo a que la disposición adicional 3º conculca lo dispuesto los artículos 14,66 y 81 de la ley 7/07 del Estatuto del Empleado Público en cuanto que por un lado la creación de Agencias es contraria a derecho pues por un lado una entidad privada no puede desempeñar funciones públicas, por otro lado el personal que se integre no puede desempeñar funciones públicas por otro porque la movilidad de los funcionarios ha de ser voluntaria y no obligatoria y por otro por cuanto que no pueden pasar a depender del personal laboral de confianza, el mismo no puede ser acogido pues en orden al primero de ellos porque una vez que como la propia recurrente reconoce en el fundamento de derecho cuarto de su demanda la posibilidad legal de que puedan crearse Agencias según dispone el art. 66 de la ley 9/67 de Andalucía, es claro que la cuestión relativa a la oportunidad de crearlas escapa a sus facultades de control pues participa de la naturaleza propia de las funciones de autoorganización de la Administración; en cuanto al motivo relativo a que el personal que se integra no puede desempeñar funciones públicas, porque al establecerse en la disposición adicional impugnada que “el desarrollo por parte de la Agencia de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales corresponderá exclusivamente al personal funcionario de la Consejería a la que se adecue la Agencia...” deja vacío el alegato; en cuanto al motivo relativo a la movilidad de los funcionarios, que la parte entiende que no puede ser obligatoria, porque al disponerse en la disposición adicional 4º de la ley 1/11 que la integración del personal funcionario en una agencia será voluntaria, lo que se reafirma en la disposición adicional del Decreto impugnado, no se alcanza a comprender las razones por las que la recurrente concluye lo contrario pues el que las funciones inherentes a su actual puesto de trabajo pasen, lo cual es lógico, a la Agencia no es razón suficiente para entender obligatoria la adscripción; y en cuanto al motivo relativo a que al personal funcionario no puede pasar a depender de los directivos de la Agencia, porque al disponer la disposición adicional 3º que el personal funcionario adscrito a la Agencia, mantendrá su dependencia orgánica de la Consejería, ejerciendo sus funciones con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, y la disposición adicional 5º que el personal directivo será designado su función de los principios de mérito y capacidad, publicidad y concurrencia, siendo desempeñado en todo caso para cuando se trata de funciones relacionadas con el ejercicio de potestades públicas, por funcionarios de carrera o por gerentes nombrados por el Consejo de Gobierno, al igual que el motivo relativo a la movilidad, no se alcanza a comprender la razón en base a la cual la parte concluye que el personal

funcionario va a depender del personal laboral de confianza, por todo lo cual procede desestimar los motivos aludidos en base a entender que tanto la ley 1/11 como el Decreto objeto del recurso 101/11 contravienen la Constitución, y como consecuencia de ello procede no entender necesaria la interposición de oficio de una cuestión de inconstitucionalidad.

**QUINTO.-** Entrando a conocer de los motivos que centra el Decreto aduce la parte en su fundamento de derecho quinto de su demanda y en concreto de los relativos a que el acuerdo de disolución, liquidación, cesión y subrogación de las Fundaciones van referidas al mismo otra es que se constituye la Agencia y dejando a un lado los otros tres motivos, pues no son sino reproducción de los ya resueltos y que se alegaran para entender que la ley 1/11 y el Decreto eran inconstitucionales a la par que contravenían las leyes 7/07 del Estado y 9/07 de Andalucía, el mismo no puede ser acogido y ello porque el que la integración de las Fundaciones en la Agencia se lleve a cabo sin solución de continuidad lejos de suponer un hecho consumado, es el mecanismo propio de toda integración, cuestión distinta a que por la vía de hecho se hubiere producido la integración y posteriormente se dictase una norma con la finalidad de legalizar la misma, lo cual, si bien no es el caso, si sería un hecho consumado.

**SEXTO.-** Ya por último, entrando a conocer de los motivos por lo que se impugnan los artículos 1º,2º,7º,8º,9º,10º,15, 15 ..... letras c,h,j,l,m,n,o,p,q y r, 23,25,26,28 y 29, los mismos no pueden ser acogidos y ello por las siguientes consideraciones:

En cuanto a los arts 1º y 2º porque una vez que se entiende que el título habilitante Ley 1/11, no ofrece visos de inconstitucionalidad, cae por su peso.

En cuanto al artículo 7 porque al establecerse en el los fines de la Agencia, no se alcanza a comprender que nos encontremos ante una delegación de facultades con el fin de hacer inaplicable el derecho administrativo.

En cuanto al artículo 8 por cuanto que sustentándose en el motivo de legalidad resuelto al conocer del motivo alegado con respecto a la disposición adicional 3º del Decreto, hay que remitirse a lo anteriormente razonado.

En cuanto al art 9 porque el carácter que la parte denomina abierto de las competencias de la Agencia por si mismo y a falta de un mayor razonamiento no supone vicio de ilegalidad.

En cuanto al art. 10 porque el que se prevean distintas normas de gestión con el fin de lograr sus fines no resulta contrario a derecho, siendo prueba de ello el que la parte sustente su motivo en su criterio subjetivo.

En cuanto al art. 15 por cuanto que estableciéndose en él que el nombramiento de la Dirección-Gerencia corresponde al Consejo de Gobierno atendiendo a criterios de competencia, profesionalidad y experiencia, no hace sino seguir lo establecido en los artículos 13 de la ley 7/07 del Empleado Público así como el art. 70.2 de la ley 9/07, cuestión distinta a que llegado el caso en que no fuera respetado al nombrar a una persona concreta, se pudiese recurrir el nombramiento.

En cuanto al art 15.2 letras c,h,j,l,m,n,o,p,q o r, porque la invocación genérica de que conculcan lo establecido en los artículos 16 a 20 de la ley 7/07, no es suficiente para su éxito pues a falta de mayor y más concreto razonamiento que evidencie el quebrantamiento de dichos preceptos, esta Sala no alcanza a observar que se de el mencionado vicio de ilegalidad.

En cuanto al art 23 porque limitándose a disponer que el personal laboral de la Agencia se regirá por el Derecho Laboral aplicándosele en sus relaciones con ella el Estatuto de los Trabajadores y la ley 7/07, no se observa que con ello se de preferencia a trato irregular o de favor al personal laboral proveniente de las Fundaciones y que ello suponga un detrimento del personal funcionario hasta el punto de constituir una discriminación en perjuicio de éstos, pues entre otras cosas la parte no concreta que principios se le causan.

En cuanto al artículo 25 porque como se ha dicho anteriormente al conocer del motivo relativo a la negociación con los sindicatos, la misma ha sido respetada en cuanto que han sido oídos los Sindicatos más representativos,.

En cuanto al art 26 porque estableciéndose en él las bases y criterios para la selección del personal conforme a los objetivos y previsiones establecidos así como que el plan de acción normal se llevara a cabo conforme a los principios de publicidad, concurrencia, mérito y capacidad, estableciéndose en el art 35 el contenido del plan, no se observa que con ello se conculque lo dispuesto en el Decreto 390/86 relativo a las Relaciones de Puestos de Trabajo pues dichos preceptos no llevan a cabo las citadas Relaciones sino que se limita a establecer los criterios para la relación del personal.

En cuanto al art. 28 porque al limitarse a establecer una normativa relativa a la formación continua del personal así como criterios para poder evaluar dicha formación y, conducta a rendimiento, en modo alguno invade criterios propias de la ley 7/07 en cuanto a las retribuciones.

En cuanto al art 29, porque el que no se recoja en el la necesaria participación de los sindicatos representativos de las funcionarios públicos no supone que esta no vaya a tener lugar, pues dicha participación, entre otras cosas, viene contemplada en otras leyes cuyo objeto precisamente es el regular la mencionada participación.

Todo lo cual conduce a que el recurso sea desestimado.

**SEPTIMO.-** No observándose mala fe ni temeridad en la parte demandante, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador Don Avelino Barrionuevo Gener contra el Decreto 101/11 de la Junta de Andalucía por el que se aprueba los Estatutos de la Agencia de Servicios y Dependencia de Andalucía.

Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados antes mencionados.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en fecha 18-1-12 ante mí, el Secretario. Doy fé.