



Roj: **STS 7905/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:7905**

Id Cendoj: **28079130072009100608**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **21/12/2009**

Nº de Recurso: **5404/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE CANCER LALANNE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil nueve

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 5404/2008, interpuesto por la **UNION SINDICAL OBRERA (U.S.O.)**, representada por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, contra sentencia dictada con fecha 9 de Julio de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sobre participación del indicado Sindicato en la **Mesa General de Negociación sobre proyecto de Decreto para el Empleo Público durante 2007**, en el recurso nº 287/2007, seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Habiendo sido parte recurrida la Administración, representada por el Abogado del Estado. Oído el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva, que copiada literalmente dice: Fallamos; Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo especial de Protección de Derechos Fundamentales nº 287/07, interpuesto -en escrito presentado el día 11 de Abril de 2007- por el Procurador D. Anibal Bordillo Huidobro, actuando en nombre y representación de la Unión Sindical Obrero (U.S.O.), contra la desestimación presunta -ampliado a la Resolución del Ilmo. Sr. Secretario General Técnico de 29 de Marzo que declaró inadmisibile el recurso por inexistencia de acto administrativo -del recurso de alzada deducido frente al Acuerdo Administración-Sindicatos sobre aspectos relacionados con la Oferta de Empleo adoptado el 2 de Febrero de 2007 en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado. Sin costas.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de la Unión Sindical Obrera (U.S.O.), se presentó escrito de preparación de recurso de casación, que se tuvo por preparado por la Sala de instancia, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación del recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que después de formular sus motivos, terminó suplicando a Sala se dicte sentencia por la que, con estimación de los motivos alegados, case y anule la sentencia recurrida con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.

CUARTO.- El Abogado del Estado en representación de la parte recurrida, presenta escrito de oposición al recurso en el que después de alegar lo que consideró oportuno terminó suplicando a Sala: dicte sentencia que lo inadmita o subsidiariamente lo desestime íntegramente, confirmando la sentencia de instancia y el acto administrativo impugnado.

QUINTO.- Conferido traslado al Ministerio Fiscal, evacuó el trámite por escrito en el sentido que considera que procede estimar el presente recurso de casación.



SEXTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 16 de Diciembre de 2009 en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Enrique Cancer Lalanne**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone este recurso de casación la entidad Unión Sindical Obrera, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 9 de Julio de 2008, dictada por el cauce especial del amparo judicial previsto en los arts. 114 sgs, LJCA, desestimatoria del recurso núm. 287/2007, planteado por la citada entidad sindical frente a la desestimación presunta -ampliado a la resolución expresa de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, de 29 de Marzo de 2007-, que declaró inadmisibile por inexistencia de acto recurrible, el recurso de alzada formulado frente a aspectos relacionados con la Oferta de Empleo Público para 2007, adoptado el 2 de Febrero de 2007 en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado.

SEGUNDO.- La representación estatal, en su escrito de oposición a la casación opone la excepción de inadmisibilidad de la casación por concurrir el supuesto de excepción del art. 86,2,a) de la Ley de esta Jurisdicción, al estar la sentencia dictada en un asunto de personal que no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicios de funcionarios de carrera. Y ello pese a que se ha utilizado el cauce procesal especial de protección de derechos fundamentales. En apoyo de esta tesis cita los autos del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1995 y 23 de Abril de 1997.

Pero entiende la Sala y Sección que la excepción debe ser desestimada, pues frente a la doctrina de los autos citados, ha de prevalecer la mas frecuente que da preponderancia a efectos de admisibilidad de la casación, a la índole de la cuestión que se suscita en el pleito, cuando como es el caso, el objeto de la controversia giró alrededor de la falta de citación para la comparecencia a una Mesa de Negociación a un Sindicato que se asignaba tal derecho como derivación del de libertad sindical, del art. 28.1 de la Constitución. Lo que excluye la inordinación de la casación como cuestión de personal, en el apartado 2,a) del art. 86, de la LJCA. Criterio que guarda coherencia lógica con lo dispuesto en el apartado b) de dicho apartado 2, de ese art. 86 que excluye de la inadmisibilidad a los casos en que la protección del derecho fundamental, por el cauce del amparo judicial especial, en principio aparecería excluible por razón de la cuantía. E incluso viene a inferirse del apartado c) de ese precepto -art. 86,2, LJ que para establecer la inadmisibilidad de la casación para las sentencias dictadas en el procedimiento especial seguido para la protección del derecho fundamental de reunión, lo dice expresamente.

TERCERO.- Pasando a conocer de lo que constituye el objeto de la casación. El único motivo de la casación se formula al amparo (según el actor) del núm. 4 del art. 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, referente a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate.

Se citan como infringidos los arts. 7º, 14º y 28.1 de la Constitución, en concordancia con los arts. 6º y 7º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, 11/1985, de 2 de Agosto, y arts. 30 sgs. de la Ley reguladora de los Organos de Representación. Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 9/1987, de 12 de Junio.

A la vista de las actuaciones el motivo ha de ser acogido y la casación debe prosperar. Y ello porque la sentencia impugnada funda la decisión desestimatoria a que llega en una doctrina jurisprudencial que extrae de la sentencia de este Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 2000, que extrae la suya de otras del Tribunal Constitucional, 57/1982, 98/1985, en las que se establece que el derecho a la negociación colectiva, no constituye un derecho integrado en el derecho a la libertad sindical proclamado por el art. 28.1 de la Constitución, por lo que concluye el Tribunal Superior que descartada la vulneración del derecho a la libertad sindical de la accionante, <<único que cabe enjuiciar en esta vía procesal especial, procede la desestimación del recurso>>. Siendo así que esa doctrina ha sido superada por la mas reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, quien en las sentencias de 2 de Julio y 4 de Junio de 2008, ha declarado que <<Es cierto que, dentro de la función pública, el derecho a la negociación colectiva no es una derivación directa del derecho de libertad sindical pero sí si está establecido en una Ley y, como consecuencia de ello, aquel derecho (el de negociación colectiva) aparece integrado en el de libertad sindical como un contenido adicional del mismo, si bien con la configuración que le dé esa Ley reguladora (así lo ha declarado la sentencia 222/2005, de 12 de Septiembre, del Tribunal Constitucional >>.



De modo que como sostiene el Sindicato USO, en la casación, al no haber sido llamado a la reunión celebrada el 2 de Febrero de 2007, para deliberar aspectos relativos a la Oferta de Empleo Público para el año 2007, según exponía en el escrito de interposición y razona en la demanda, se había producido una, en términos en principio razonablemente posibles, vulneración de la libertad sindical del art. 28.1, CE, lo que era suficiente para que el recurso contencioso-administrativo inicial, superase la fase de admisibilidad, según lo establecido en el art. 115.2, de la Ley JCA, y se posibilitara a órgano juzgador de la instancia entrara a conocer del fondo del asunto, para que una vez ultimada la instrucción del procedimiento, completados los trámites, incluso del periodo probatorio, se dictara la sentencia que procediera, en cuyo contenido enjuiciatorio podía estar incluido cuanto hiciera referencia a si se cumplían, o, no los requisitos establecidos por los arts. 30 y sgs. de la Ley 7/1987, para posibilitar el derecho de los Sindicatos a participar en la negociación de las materias que, como las afectantes a la Oferta de Empleo Público, estuvieran relacionadas con los derechos de los funcionarios integrado en el Sindicato USO; dado que no cabe olvidar que según la doctrina jurisprudencial antes expuesta, se está ante un derecho fundamental de configuración legal, en el que -sentencia del TC, 222/2005, antes aludida-el contenido de ese derecho de negociación colectiva de los sindicatos, como integrante de la libertad sindical del art. 28.1. CE se reconoce <<en los términos que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente>>.

CUARTO.- Asumida la competencia funcional para conocer de lo que constituía el fondo del asunto en los términos en que apareciera planteado el debate, según prevé el art. 95.2,d) de la Ley de esta Jurisdicción, cabe decir, que en consideración a lo actuado, había razones suficientes para entender que aquel inicial recurso contencioso-administrativo debía ser desestimado, pues aunque al igual por la sentencia recurrida, era aceptable sostener que la reunión de 2 de Febrero de 2007, de la Mesa General de Negociación, llegó a celebrarse ese día, para deliberar sobre aspectos afectantes a la Oferta de Empleo Pública para 2007, ya que ello así viene a inferirse de los diferentes informes emitidos al respecto por la Administración, e incluso de la postura adoptada por la representación de la Administración al contestar la demanda, y tampoco se niega que a esa sesión no fue llamado el Sindicato USO, sin embargo es lo cierto que esa sesión lo era para la Mesa General de Negociación de todas las Administraciones Públicas, creada por la Ley 21/2006, y establecido en su Disposición Adicional Sexta, para la que esa nueva normativa exige, a efectos de legitimación para ser llamado, que los resultados obtenidos en las elecciones a órganos de representación del personal funcionario y laboral, excediera del 10 por ciento en el ámbito nacional español. Representatividad que no se habrá alcanzado por el Sindicato USO, quien siempre remite ese porcentaje a solo el ámbito funcional, y no al que se pudiera obtener sumado también el laboral. De ahí que fuera aceptable la argumentación de la Administración, de que si no se llamó al Sindicato USO, a esa Mesa General de la D.A. 6ª, de la Ley 21/2006 (y de la Ley 9/87, por ella reformada), fue por la consideración antes dicha, y porque ya se le había dado intervención en la reunión de 1 de Febrero de 2007, de la Mesa de Retribuciones y Empleo, en la que se informó sobre el Proyecto de Empleo Público de 2007, dándose a USO unas posibilidades de participación del todo similares a las de los demás Sindicatos concurrentes. Mesa ésta, de las previstas en el art. 31 de la Ley 9/1987, en la que la legitimación para participación se mide en función del porcentaje obtenido en el ámbito funcional, respecto del que no se discute que USO, hubiera alcanzado el 10% legalmente exigido.

Es decir y en conclusión, no se había producido la lesión del derecho fundamental del art. 28.1 CE, porque no se cumplían los requisitos previstos en la legislación que determinan los límites de ese derecho fundamental. Por lo que la demanda, en definitiva, contemplada en el ámbito de conocimiento del proceso especial de amparo judicial, debe ser desestimada.

SEPTIMO.- Al ser estimatoria la sentencia respecto de la casación, cada parte soportará las costas causadas a su instancia en esta fase.

No se aprecian motivos para una condena por las costas de la primera instancia.

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución;

FALLAMOS

1) Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Sindicato USO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de Julio e 2008, desestimatoria del recurso núm. 287/2007, sobre participación del indicado Sindicato en la Mesa General de Negociación sobre proyecto de Decreto para el Empleo Público durante 2007. Sentencia que se revoca.

2) Se desestima el indicado recurso contencioso-administrativo núm. 287/2007, promovido por el Sindicato USO, cuyo objeto se describe con mayor detalle en el fundamento primero de esta sentencia.

3) Cada parte soportará las costas causadas a su instancia en esta casación.



No ha lugar a una declaración de condena en costas por las de la anterior instancia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ