



Roj: **STS 4581/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4581**

Id Cendoj: **28079130042016100361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/10/2016**

Nº de Recurso: **2651/2014**

Nº de Resolución: **2220/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2016

Esta Sala ha visto el **recurso de casación** nº 2651/2014, sobre derechos fundamentales, **interpuesto por la Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad (FSES)**, representada por la procuradora doña Mercedes Marín Iribarren, contra la sentencia nº 1270, dictada el 5 de mayo de 2014 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y recaída en el recurso nº 1241/2012, promovido **contra la Convocatoria de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Junta de Andalucía** común para el personal funcionario, estatutario y laboral de 28 de septiembre de 2012, así como contra el acto de reordenación y constitución de la citada Mesa y contra acuerdo de 4 de diciembre de 2012, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que ratifica el acuerdo de la Mesa sobre adecuación de derechos sindicales a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad. Se han personado, como recurridos, de una parte, la Junta de Andalucía, representada y defendida por la letrada de dicha Junta, y, de otra, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, representada por la procuradora doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez y asistida del letrado don José Miguel Conde Villuendas. Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 1241/2012, seguido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, el 5 de mayo de 2014 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad (FSES); sin hacer especial pronunciamiento en relación a las costas procesales».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación la Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad (FSES) que la Sala de instancia tuvo por preparado por decreto de 10 de julio de 2014, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personada la procuradora doña Mercedes Marín Iribarren, en representación de la Federación recurrente, formalizó el recurso anunciado, que articuló en el siguiente motivo:

«Primero.- Interpretación errónea de los artículos 36 EBEP y 7.2 LOLS lo que supone vulneración del Derecho Fundamental a la Libertad Sindical.

Infracción del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Infracción de la Doctrina Constitucional denominada como "principio limitador de las normas limitadoras"».



CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, se dio traslado del escrito de interposición a la Junta de Andalucía y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el Fiscal, en su escrito de alegaciones, registrado el 19 de enero de 2015, considera que procede desestimar el recurso, con imposición de costas, dijo, al recurrente "por imperativo del art. 139.2 de la Ley rituaria".

Por su parte, la letrada de la Junta de Andalucía, en virtud de la representación que ostenta, se opuso al recurso por escrito presentado el 17 de marzo de 2015.

SEXTO.- Por providencia de 9 de diciembre de 2015, se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo acordado el 20 de abril anterior, emplazándose a CSI-F, FSP-UGT y CCOO para que pudieran personarse en el procedimiento.

SÉPTIMO.- Transcurrido el plazo otorgado sin que el sindicato FSP-UGT se personara en el procedimiento y sin que la procuradora Sra. Martínez Martínez acreditara documentalmente la representación de CSIF, por diligencia de ordenación de 15 de marzo de 2016 se les tuvo por no personados.

OCTAVO.- Por escrito de 3 de abril de 2016, la procuradora Sra. Castro Rodríguez, en representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, se opuso al recurso solicitando su desestimación y que se confirme íntegramente la sentencia recurrida.

NOVENO.- Mediante providencia de 29 de junio de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 27 de septiembre del corriente y se designó como ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

DÉCIMO.- El acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016 (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016) ha establecido una nueva organización de las secciones de la Sala Tercera para acomodarla al nuevo régimen del recurso de casación. Como consecuencia de lo previsto en la regla segunda de dicho acuerdo las materias de las que conocía la anterior Sección Séptima pasan a esta nueva **Sección Cuarta**.

UNDÉCIMO.- En la fecha acordada, 27 de septiembre de 2016, han tenido lugar la votación y fallo del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad (FSES) impugnó por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales la convocatoria de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Junta de Andalucía común para el personal funcionario, estatutario y laboral de 28 de septiembre de 2012, el acto de su reordenación y constitución de esa misma fecha y el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía del 4 de diciembre de 2012 que ratificó el de la Mesa General sobre la adecuación de los derechos sindicales a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad.

FSES argumentaba en su demanda que esa actuación lesionaba su derecho a la libertad sindical en su contenido adicional del derecho a la negociación colectiva y que era discriminatoria. Explicaba FSES que tenía una representatividad superior al 10% en el personal funcionario y estatutario, suficiente, a su entender, para formar parte de la Mesa General común aunque no alcanzara ese porcentaje entre el personal laboral. Invocaba a su favor los artículos 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuya interpretación en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales conduce, decía, a la solución que defiende. El Ministerio Fiscal apoyó la posición de FSES pero la Junta de Andalucía mantuvo la conformidad al ordenamiento jurídico de los actos impugnados. Así, explicó que los citados preceptos exigen para formar parte de esa Mesa disponer del 10% de los delegados de personal y, también, de los miembros de los comités de empresa. Y que, al no alcanzarlo entre los laborales, FSES no tenía derecho a estar presente en ella.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de Granada ahora recurrida desestimó el recurso de FSES. Según explica, sigue el mismo criterio que había sentado en una sentencia precedente, la de 17 de julio de 2013 (recurso 90/2013), cuya fundamentación recoge.

Consiste en la reproducción del artículo 36 del EBEP, en la constatación de que el sindicato actor no posee el 10% de representatividad entre el personal laboral aunque sí la tenga entre los funcionarios y el personal estatutario y en la afirmación de que esa no es la representatividad exigida por el Estatuto Básico del Empleado Público según se infiere de su artículo 36.3. De este precepto, explica, se desprende que para estar presente en la Mesa General de Negociación es preciso contar con el 10% mencionado tanto entre el funcionariado como



entre el personal laboral pues es lógico, si se van a negociar cuestiones comunes a uno y otro colectivo, que quienes vayan a hacerlo cuenten con representatividad en ambos. Por eso, no acepta que pueda compensarse con la superior a ese porcentaje en uno de dichos ámbitos la inferior al mismo en el otro. La conjunción disyuntiva "o" de este artículo significa que ha de tenerse en cuenta alternativamente, o sea según la materia de que se trate, y siempre que sean sindicatos presentes en la Mesa General de Negociación con la Administración Pública. En este último punto, la fundamentación de la sentencia reproducida por la de instancia invoca la de la Sección Séptima de esta Sala de 17 de abril de 2013 (casación 2145/2012).

SEGUNDO.- El escrito de interposición de FSES contiene un solo motivo de casación aunque lo denomina "primero". Reprocha a la sentencia de instancia la infracción, por interpretarlos erróneamente, de los artículos 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985 y 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la de la doctrina constitucional denominada "principio limitador de las normas limitadoras".

En sustancia, FSES sostiene aquí que el criterio finalista seguido por la Sala de Granada es erróneo e incurre en las infracciones denunciadas. No considera la recurrente que sea convincente decir que, como las cuestiones a tratar en la mesa de negociación común afectan a funcionarios y laborales, se deba exigir la representatividad del 10% en los dos ámbitos. Y es que para FSES sería igualmente lógico concluir que, si la mesa es común, el cómputo del 10% debería ser conjunto y determinarse considerando todas las unidades electorales que forman parte de esa mesa y no una parte de ellas. Esta última solución, dice el motivo, sería más coherente con la realidad actual y el contexto histórico pues con el Estatuto Básico se ha difuminado la distinción entre funcionarios y laborales con el concepto de empleado público. De ahí que haya mesas comunes para ambos.

La recurrente nos dice a continuación que la interpretación seguida por la sentencia desconoce lo prescrito por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que condiciona el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical. Y, después de recordar que el Ministerio Fiscal apoyó su pretensión en la instancia, señala que, tratándose de derechos fundamentales, el criterio a seguir debería ser el más flexible y menos rigorista. Por eso, FSES considera que la sentencia contradice la doctrina recogida en la sentencia del Tribunal Constitucional 254/1988 que afirma el principio que entiende infringido.

En definitiva, sostiene el motivo de casación que la interpretación de los artículos 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985 es la que defiende: la representatividad del 10% ha de referirse al conjunto del personal funcionario, estatutario y laboral por ser la más respetuosa con el texto constitucional y con los derechos que proclama.

TERCERO .- La letrada de la Junta de Andalucía aduce, en primer lugar, la concurrencia de dos causas de inadmisibilidad del recurso de casación. De un lado, observa que no invoca el apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción por el que se interpone el motivo, de manera que se da el supuesto previsto por su artículo 93.2 a). De otro lado, considera inadmisibile la invocación del principio *odiosa sunt restringenda* porque la Sala de instancia falló en virtud de una interpretación lógica y sistemática del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y el hecho de que haya llegado a una conclusión contraria a la defendida por el demandante no significa que se haya seguido una interpretación contraria a la Constitución --aquí invoca la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 19 de septiembre de 2012 (casación 7050/2010)-- y, sobre todo, porque el recurrente no adujo la infracción de ningún precepto constitucional.

En todo caso, continúa el escrito de oposición, la sentencia de instancia es conforme a Derecho y señala que el carácter general de la mesa de negociación común supone que se podrán tratar en ella cuestiones que afectan a todo el personal y eso comporta razonablemente que la legitimación para la participación se vea respaldada por una representatividad suficiente en cada ámbito. Cita en apoyo de su posición la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 27 de enero de 2011 (casación 1671/2009).

CUARTO.- Por su parte, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía (CCOO) nos dice que asume íntegramente la fundamentación y el fallo de la sentencia recurrida. Además, considera que la interpretación del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público propugnada por FSES conculca lo dispuesto por este precepto.

QUINTO.- Para el Ministerio Fiscal el recurso de casación debe ser desestimado.

Considera, en efecto, que la sentencia de la Sala de Granada ha interpretado correctamente las normas aplicables de manera que no ha incurrido en ninguna de las infracciones alegadas por FSES. Además, señala que la sentencia dictada por la Sección Séptima de esta Sala el 21 de diciembre de 2009 (casación 5404/2008) ya dijo que el correcto entendimiento de los preceptos de que venimos hablando, el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, lleva a la conclusión observada por la Junta de Andalucía y confirmada en la instancia. O sea, la de que, en este caso, para formar parte de la



mesa en que se iban a negociar cuestiones comunes a funcionarios, personal estatutario y personal laboral, era necesario contar con una representatividad del 10%, en cada uno de los colectivos y no en el conjunto ni en uno solo de ellos.

SEXTO.- A juicio de la Sala, no concurren las causas de inadmisibilidad opuestas por la Letrada de la Junta de Andalucía.

Es cierto que el escrito de interposición de FSES no indica el apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción bajo el que formula el motivo de casación. También es verdad que, en ocasiones, la jurisprudencia ha considerado que esa omisión constituye una causa de inadmisibilidad. Y es que hay casos en que la falta de indicación del apartado correspondiente impide apreciar el tipo de motivo que se quiere interponer y esa indefinición no es inocua desde el momento en que el artículo 95.2 de la Ley reguladora prescribe un sentido distinto para el fallo de la sentencia, de ser estimatoria, según se trate del motivo de uno u otro apartado.

No obstante, en este caso no sólo no hay duda alguna de que estamos ante el motivo del apartado d), es decir que FSES está afirmando que la sentencia ha incurrido en infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia sino que, además, en el escrito de preparación la recurrente nos dice que el recurso de casación se fundamenta en el artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción. En ambos supuestos esta Sala ha considerado cumplido este precepto. Por tanto, debemos rechazar que concorra esta primera causa de inadmisibilidad.

Tampoco se da la otra señalada por la Junta de Andalucía. FSES afirma que la sentencia infringe su derecho fundamental a la libertad sindical lo que equivale a decir que la considera contraria al artículo 28.1 de la Constitución.

Así, pues, el recurso de casación es perfectamente admisible.

SÉPTIMO.- No obstante, debe ser desestimado ya que la sentencia de instancia no incurre en las infracciones denunciadas por FSES.

La interpretación que ha seguido es respetuosa con la literalidad de los artículos 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985 y 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y no vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical en su contenido adicional del derecho a la negociación colectiva.

El desarrollo del mismo mediante la Ley Orgánica 11/1985 que relaciona la capacidad de negociación colectiva con la representatividad sindical y que vincula a determinados niveles de la misma la participación en las instancias en las que se lleva a cabo esa negociación con las Administraciones Públicas, no ha merecido reproches desde el punto de vista de su constitucionalidad. Y, en lo que ahora nos interesa, no es cuestionado por la recurrente. Lo que discute FSES es, únicamente, cómo se ha de calcular ese 10% de representatividad del que venimos hablando.

Pues bien, puestos a interpretar estas disposiciones legales nos encontramos con que la recurrente no niega que puedan ser entendidas como la sentencia de instancia ha considerado correcto. En realidad, lo acepta pero dice que hay otra interpretación posible, más favorable a la efectividad del derecho fundamental: la que FSES defiende pues le abriría el paso a esa mesa en que se negocian extremos comunes a los distintos colectivos de empleados públicos.

Sin embargo, la recurrente hace supuesto de la cuestión ya que no ha demostrado que sea más favorable al ejercicio del derecho fundamental franquear el acceso a una instancia negociadora de proyección general, es decir que tratará de cuestiones relativas a funcionarios, personal estatutario y laboral, a sindicatos que no alcanzan la representatividad mínima considerada necesaria. En efecto, la regulación legal del acceso a la negociación con las Administraciones Públicas ha tratado de conjugar el criterio de favorecer la pluralidad sindical con el de la suficiente implantación de las organizaciones llamadas a esa negociación. De ese modo, busca que se tengan en cuenta con la mayor amplitud los intereses de los trabajadores que los sindicatos están llamados a expresar y defender (artículo 7 de la Constitución) y, también, que los acuerdos que se alcancen, de un lado, respondan a esos intereses y, de otro, que cuenten con el apoyo de quienes poseen una representatividad significativa.

Desde estas premisas, no sólo resulta que es posible interpretar esos artículos 7.2 y 36.3 como se ha hecho por la Junta de Andalucía y ha confirmado la Sala de Granada sino que ha de hacerse así desde la consideración del sentido de la negociación colectiva y de su conexión con la representatividad sindical. Es más, estas razones privan a la conjunción "y" del artículo 7.2 de todo sentido disyuntivo y se ven reflejadas en el artículo 36.3, que refiere claramente la exigencia de representatividad a cada uno de los ámbitos de los empleados públicos, tal como ha puesto de manifiesto la sentencia citada por el Ministerio Fiscal.

Cosa distinta es, según advierte CCOO, que para los sindicatos presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36.3 *in fine*) baste el 10% en uno solo de los colectivos mencionados.



Precisión subrayada por la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 17 de abril de 2013 (casación 2145/2012) y recordada por la de instancia.

OCTAVO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima y única a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 3.000€. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, **esta Sala ha decidido** **Que no ha lugar al recurso de casación** nº 2651/2014, interpuesto por la Federación de Sindicatos de Educación y Sanidad (FSES) contra la sentencia nº 1270, dictada el 5 de mayo de 2014, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y recaída en el recurso nº 1241/2012, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.