

Roj: **STS 1449/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1449**Id Cendoj: **28079130042017100137**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **28/03/2017**Nº de Recurso: **632/2016**Nº de Resolución: **534/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 28 de marzo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 632/2016, sobre derechos fundamentales, interpuesto por la Confederación Unión Sindical Obrera, representada por el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro y asistida de la letrada doña Laura Sánchez Vázquez, contra la sentencia nº 18, dictada el 14 de enero de 2016 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso nº 386/2015, sobre desestimación presunta de la solicitud de reconocimiento del derecho del sindicato a formar parte de la negociación colectiva regulada en el artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público. Se han personado, como recurridos, la Administración, representada y asistida por el Abogado del Estado, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), representada por la procuradora doña Beatriz Martínez Martínez y asistida de la letrada doña Gloria Navarro Cebollero y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, representada por la procuradora doña Isabel Cañedo Vega y asistida de la letrada doña María José Ahumada Villalba. 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 386/2015, seguido en la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 14 de enero de 2016 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

Desestimando la causa de inadmisibilidad alegada y, entrando a conocer del fondo del asunto, desestimar el recurso interpuesto por UNION SINDICAL OBRERA (USO), representado por el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro contra la desestimación presunta de la solicitud de reconocimiento del derecho del sindicato a formar parte de la negociación colectiva regulada en el artículo 37.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público. Se imponen las costas al recurrente con el límite fijado en el último fundamento de derecho de esta sentencia».

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la Confederación Unión Sindical Obrera, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2016, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Por escrito de 23 de marzo de 2016 el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, en representación de la Confederación recurrente, interpuso el recurso anunciado en el que articuló el siguiente motivo:

Al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción : infracción del artículo 28 de la Constitución, relativo a la Libertad Sindical, en relación con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad



Sindical, según lo dispuesto en los artículos 33 y 34, en relación con el art. 37.1 c ), y artículos 36.3 y 38.9, todos ellos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público .

Y suplicó a la Sala que, en su día, previos los trámites procesales reglamentarios,

«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.-** Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos y, recibidas, por diligencia de ordenación de 7 de junio de 2016, se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición.

**QUINTO.-** Evacuando el traslado conferido, la procuradora doña Isabel Cañedo Vega, en representación de CC.OO, se opuso al recurso por escrito de 13 de junio de 2016 en el que pidió a la Sala su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

Por su parte, el Fiscal, en virtud de las alegaciones expuestas en su escrito de 21 de junio siguiente, considera que procede desestimar el recurso, con la preceptiva imposición de las costas a la parte recurrente.

El Abogado del Estado también pidió la desestimación del recurso, por ser conforme a Derecho, dijo, la resolución judicial impugnada.

Y la procuradora doña Beatriz Martínez Martínez, en representación de CSI-F, en su escrito de oposición de 3 de julio de 2016, interesó a la Sala que declare no haber lugar al recurso y confirme en todos los extremos la sentencia de instancia, con imposición de las costas procesales a la recurrente.

**SEXTO.-** Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes en la Sala a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta **Sección Cuarta** .

**SÉPTIMO.-** Mediante providencia de 21 de diciembre de 2016 se señaló para la votación y fallo el 14 de marzo de 2017 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

**OCTAVO.-** En la fecha acordada, 14 de marzo de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 24 siguiente se pasó a la firma esta sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso nº 386/2015 interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO) por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Su sentencia nº 18, de 14 de enero de 2016 , ahora impugnada en casación, rechazó las pretensiones del sindicato que recurría contra la desestimación por silencio de su solicitud de reconocimiento de su derecho a participar en la **negociación** colectiva en materia de provisión de puestos de trabajo de personal funcionario en el ámbito de la Administración **General** del Estado.

La demanda explicaba que USO, al tener noticia de que se negociaban las bases de determinados concursos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración **General** del Estado, solicitó el 20 de marzo de 2015 ante la Dirección **General** de la Función Pública formar parte de esa **negociación** colectiva. Argumentaba USO que representa al 15,60% del personal funcionario y que excluirla de esa **negociación** infringía los artículos 33 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público, los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y los artículos 7, 28 y 37 de la Constitución . Para la recurrente, su representatividad le da derecho a formar parte de la **Mesa General de Negociación** prevista en el artículo 34.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y en sus **mesas** sectoriales siempre que aborden cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo **comunes** a los funcionarios.

Explicaba que USO no estaba siendo convocada a la **Mesa General de Negociación** de la Administración **General** del Estado de la que forma parte para negociar en materia de provisión de puestos de trabajo de funcionarios ni era llamado a otros foros en los que se estaban produciendo **negociaciones** al respecto. En particular, señalaba que, sin justificación alguna, no había sido llamada a participar en el Grupo de Trabajo de la **Mesa Delegada** de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social pese a que ésta deriva de la **Mesa General de Negociación** de la Administración **General** del Estado. Para la recurrente, al llevarse cuestiones relativas a la provisión de puestos funcionariales y a las condiciones de trabajo de funcionarios a una **Mesa Delegada** de la **Mesa General Común**, la del artículo 36.3 del Estatuto Básico, a la que no pertenece, se le estaba sustrayendo



su derecho a negociar y se alteraban las reglas de legitimación, **desconociendo que ha alcanzado con creces el 10% de representatividad**. Además, consideró que se le discriminaba injustificadamente.

**SEGUNDO.-** La sentencia cuya casación pretende USO, recoge las posiciones de las partes, rechaza la inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado quien sostenía que había inadecuación del procedimiento por ser de legalidad ordinaria los extremos planteados por la recurrente y expone las razones que le llevan a rechazar el recurso contencioso-administrativo.

Para ello, precisa, en primer lugar, el marco jurídico en el que se estructura, conforme al Estatuto Básico del Empleado Público y a la Ley Orgánica 11/1985, la **negociación** colectiva en el ámbito del empleo público y los criterios determinantes de la legitimación para negociar. En este sentido, repara en que la **Mesa** Delegada de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social fue creada por la **Mesa General Común**, la prevista en el artículo 36.3 del Estatuto Básico, mediante el acuerdo de 20 de mayo de 2008 (punto IV b), aprobado por resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 26 de mayo (Boletín Oficial del Estado del 6 de junio).

Por otro lado, sigue diciendo la sentencia, en el posterior acuerdo de 29 de octubre de 2012 sobre "Asignación de recursos y racionalización de las estructuras de **negociación** y participación", aprobado por resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de 12 de noviembre de 2012 (Boletín Oficial del Estado del 14) se estableció la composición sindical de la **Mesa General Común** y la de cada una de las **mesas** delegadas. La de la parte sindical de la **Mesa** Delegada de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social es la siguiente: CCOO (cinco miembros); UGT (cuatro miembros), CSI-F (cuatro miembros), CIG (un miembro) y ELA (un miembro).

En este punto, indica la sentencia que la legitimación para formar parte en las **Mesas** de **Negociación** descansa en la representatividad sindical y que se requiere que sea del 10% o superior de los representantes elegidos en las últimas elecciones sindicales para delegados y juntas de personal en las unidades electorales correspondientes a cada **Mesa**. La sentencia señala que aquí es donde reside el problema pues **USO**, que cuenta con el 15,60% de representatividad en el personal funcionario y 8,20% en el personal laboral, no forma parte de la **Mesa** Delegada de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que refleja la composición de la **Mesa General Común** del artículo 36.3 del Estatuto.

La sentencia resalta este extremo: si bien **USO** está presente en la **Mesa General** de **Negociación** de la Administración **General** del Estado, la del artículo 34.1 del Estatuto Básico, **carece de la representatividad necesaria para figurar en la del artículo 36.3, la común a funcionarios y laborales, ya que el 10% ha de poseerse tanto entre los primeros cuanto entre los segundos**. Destaca, igualmente la sentencia, que USO admite esa circunstancia y que, pese a ello, reclama su derecho a participar en la **negociación** en una **mesa** delegada de la **General Común**, respecto de los concursos de provisión de puestos de funcionarios y de las condiciones de trabajo de estos.

Pues bien, la **Sala de Madrid advierte** de que

«(ni) la composición de la **Mesa General Común**, ni (la) de su **Mesa** Delegada de la Seguridad Social, (...) son objeto de este proceso, sin ignorar que **USO** no forma parte de ellas en aplicación del criterio ya notado de no haber alcanzado el límite cuantitativo del 10 por 100 de los representantes, tanto en el ámbito del personal laboral como del personal funcionario pues ostenta el 8,20% de la representación del personal laboral».

A continuación, sobre el argumento de que se ha trasladado indebidamente desde la **Mesa General** de **Negociación** de la Administración **General** del Estado a la **Mesa** Delegada de la **Mesa General Común** la cuestión de la provisión de puestos de trabajo de funcionarios, dice la sentencia:

«A este respecto, dicho sea al margen, en el informe emitido en periodo probatorio por la Subdirectora **General** de Ordenación y Desarrollo de los Recursos Humanos de los Organismos Autónomos y de la Seguridad Social, se hace constar que ni en el presente ejercicio ni en anteriores, se ha convocado la **Mesa** Delegada de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y/o su Grupo de Trabajo de Provisión de Puestos para tratar "exclusivamente" las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo de personal funcionario. En los dos últimos años --añade-- las únicas reuniones que se han mantenido han sido las del Grupo de Trabajo de Provisión de Puestos en las que se ha efectuado un intercambio de información y opiniones, habiéndose constituido desde su inicio con el fin de abordar tanto la forma de provisión de puestos de trabajo de personal funcionario como laboral en la Administración de la Seguridad Social, así como otros asuntos que inciden en las citadas formas de provisión.

Pues bien, una primera premisa a establecer es que la materia objeto de **negociación** a la que se refiere el recurrente, esto es, la relativa a la provisión de puestos, comprendida entre las relacionadas en el artículo 37.1 c) del EB --las normas que fijen los criterios **generales** en materia de (...) provisión-- ha de llevarse a cabo, por lo que afecta a la Administración **General** del Estado, en el seno de la **Mesa General Común** regulada en el



artículo 36.3 del EBEP, pues a ella viene atribuida la **negociación** de "todas aquellas materias y condiciones de trabajo **comunes** al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública (...)". Y por delegación de esta, conforme al apartado IV.b del "Acuerdo para la Ordenación de la **Negociación** Colectiva en la Administración **General** del Estado" de fecha 20 de mayo de 2008, a las **mesas** delegadas, en nuestro caso a la de la Seguridad Social. No se ha producido, pues, una alteración de la estructura de la **negociación** colectiva, en cuanto a la atribución de las **mesas**, sustrayendo a la **Mesa** de los Funcionarios una materia que le corresponde para residenciarla en una **mesa** delegada de la **Mesa General Común**, como sostiene equivocadamente la organización sindical recurrente. Y como USO, por razones de representatividad, no forma parte de la **Mesa General** Conjunta, ni tampoco, por consiguiente, de la **Mesa** Delegada de la Seguridad Social –segunda premisa– la conclusión es que no se infringe el derecho a la libertad sindical ni por no haber convocado la **Mesa General** de los Funcionarios para negociar la materia, ni menos aún por no convocar a USO a la **Mesa** Delegada (de la **Mesa Común**) o a sus grupos de trabajo, porque por razones de representatividad no participa en ellos.

(...) Como fácilmente se colige de todo lo anterior, no puede apreciarse vulneración del derecho a la igualdad al ser diferente la posición de USO y los sindicatos que forman parte de la citada **Mesa** Delegada de la Seguridad Social. La diferencia de trato encuentra una justificación objetiva y razonable en el hecho de que USO no tiene representación en la MGN conjunta porque no alcanzó el 10% de los representantes del personal laboral.

Estas son las razones por las que desestimamos el recurso interpuesto».

**TERCERO** .- USO ha interpuesto un único motivo de casación contra esta sentencia aunque distribuye su argumentación en tres apartados. Lo fundamenta en el artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción y sostiene en él que la Sala de instancia ha infringido el artículo 28.1 de la Constitución y los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985 y 33 y 34 del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con sus artículos 37.1 c), 36.3 y 38.9.

Resalta en las explicaciones con las que justifica la existencia de esa vulneración que la **negociación** colectiva de la que se le excluyó concernía sólo a funcionarios y que su representatividad entre ellos llega al 15,60%. Además, imputa a la sentencia el error de remitir a la **Mesa General de Negociación** de la Administración **General** del Estado prevista en el artículo 36.3 del Estatuto Básico la **negociación** sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios cuando lo cierto es que se deben tratar en la **Mesa** del artículo 34.1. Considera que es un error que perjudica a USO porque le impide intervenir en la **negociación** de las convocatorias de provisión de puestos de trabajo funcionariales. Dice, además, que trasladar a las **mesas** delegadas de la **Mesa General de Negociación** de Cuestiones **Comunes** aspectos relativos exclusivamente a funcionarios le priva de los derechos de **negociación** colectiva que le confiere su representatividad.

Por eso, nos pide que anulemos la sentencia impugnada y hagamos los pronunciamientos que correspondan.

**CUARTO**.- El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso de casación porque, a su entender, la sentencia no incurre en las infracciones que le atribuye USO. Observa el escrito de oposición que la recurrente no ha combatido eficazmente las consecuencias que, según la sentencia de instancia, comporta su falta de representatividad suficiente en el personal laboral y recuerda que la presencia en las **Mesas Generales** y en las delegadas de las mismas está subordinada a la representatividad sindical.

**QUINTO**.- Se han opuesto, también, al recurso de casación CCOO y CSI-F. El escrito de la primera se limita a reproducir los fundamentos de la sentencia de la Sala de Madrid. Y el de la segunda, que habla de tres motivos de casación, señala que no se ha producido ninguna de las infracciones alegadas por USO y destaca que el distinto trato recibido por las organizaciones sindicales obedece a una justificación objetiva y razonable.

**SEXTO**.- El Ministerio Fiscal, que también ve tres motivos de casación, propugna la desestimación del que toma por primero, en realidad el único, porque, afirma, la sentencia ha aplicado correctamente las normas constitucionales y legales invocadas. Y también propugna la de los otros dos porque no dirigen reproches distintos contra ella.

**SÉPTIMO**.- El recurso de casación no puede prosperar porque la sentencia, efectivamente, no ha incurrido en la vulneración del precepto constitucional, invocado, el artículo 28.1, ni tampoco de las determinaciones de la Ley Orgánica 11/1985 y del Estatuto Básico del Empleado Público, alegadas por USO.

Apunta la sentencia de instancia que no está en discusión en este proceso el criterio establecido en esos textos legales orgánico y ordinario sobre la legitimación de los sindicatos para formar parte y participar desde ellas en las instancias en las que se lleva a cabo la **negociación** colectiva en el ámbito del empleo público: haber obtenido el 10% de representatividad en las últimas elecciones sindicales a órganos de representación del personal, delegados y juntas de personal.



También explica con claridad la sentencia de instancia cuáles son las **mesas generales de negociación** y los artículos del Estatuto Básico que les dan fundamento. Reconoce que, precisamente, por superar entre los funcionarios ese umbral de representatividad que franquea el acceso a la **negociación** colectiva, USO forma parte de la **Mesa General de Negociación** de la Administración **General** del Estado (artículo 34.1 del Estatuto Básico), mientras que no está presente en la **Mesa General de Negociación** de materias y condiciones **comunes** al personal funcionario, estatutario y laboral (artículo 36.3 del Estatuto Básico) en este último caso porque, si bien posee representatividad suficiente entre los funcionarios, no la tiene entre el personal laboral.

Por otro lado, no está en discusión que en esta **Mesa** del artículo 36.3 y en sus **mesas** delegadas se tratan cuestiones que afectan también a los funcionarios. El precepto legal parte de ello. Serán objeto de la **negociación** que se lleve a cabo en su seno las **comunes** a funcionarios, personal estatutario y laboral. Asimismo, en la instancia se estableció que en la **Mesa** Delegada de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social no se abordan únicamente extremos referentes a la provisión de los puestos de los funcionarios sino que también se afrontan las correspondientes a la provisión de los del personal laboral, todo ello dentro de un grupo de trabajo que trata de los aspectos **comunes** en esa materia. Importa destacar que la recurrente no ha combatido esta apreciación de hecho que priva de fundamento a su alegación de que se ha desplazado a la **Mesa General** del artículo 36.3 el tratamiento de los asuntos propios de la **Mesa General** del artículo 34.1.

No hay pues error en la sentencia. En realidad, el planteamiento de USO descansa en la idea de que su representatividad entre los funcionarios le legitima para estar presente en todos los foros negociadores en los que se aborden cuestiones relativas a ellos. Es una pretensión legítima pero no se compadece con el criterio seguido por el legislador para organizar la **negociación** colectiva en el empleo público.

En definitiva, procede, como hemos anticipado, desestimar el recurso de casación.

**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 para todas las partes recurridas a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 3.000€, a percibir por cada uno de los recurridos –Abogado del Estado, CCOO y CSI-F– 1.000€. 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 y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Que **no ha lugar al recurso de casación nº 632/2016, interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO)** contra la sentencia nº 18, dictada el 14 de enero de 2016 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y recaída en el recurso nº 386/2015, 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.