

# SINDICATO. PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA  
*Magistrado*

**Palabras clave:** recurso contencioso-administrativo, plazos, legitimación, sindicatos representativos.

## **ENUNCIADO**

El sindicato RRR formuló al Ayuntamiento de XXX una petición para formar parte de la mesa negociadora del plan local de ocupación y trabajo del mencionado ayuntamiento.

La indicada mesa de negociación tiene su fundamento en lo fijado en el Decreto L/L de la Comunidad Autónoma MMM, publicado en Diario Oficial el día 1 de marzo de 2007, sobre programas de formación profesional ocupacional en el ámbito de la Comunidad. En concreto, el artículo 25 del indicado Decreto previene que «las entidades locales, por sí o mancomunadamente deberán consensuar junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas un plan de empleo local elaborado de acuerdo con las directrices del plan de empleo autonómico, nacional o comunitario».

Como quiera que la mesa de negociación constituida al efecto a convocatoria del Ayuntamiento no contemplaba la intervención del sindicato RRR, este solicitó formar parte de la misma, lo que fue contestado mediante comunicación municipal, de fecha 1 de julio de 2007 en la que se indicaba literalmente que: «En contestación a su solicitud formal de 16 de junio de 2007 de formar parte en la mesa negociadora del plan local de ocupación y trabajo del Ayuntamiento, tengo a bien remitirle el acta de la reunión celebrada el pasado día 27 de junio, donde consta el tratamiento dado por el Ayuntamiento a su solicitud, así como la respuesta efectuada por los agentes sociales participantes».

En este acuerdo de la mesa de negociación se decidía que el sindicato RRR no podía formar parte de la mesa ya que carecía de la condición de sindicato más representativo.

El sindicato RRR entiende que la decisión municipal implica una violación del derecho a la libertad sindical al no permitírsele participar en la repetida mesa de negociación. Entiende que tiene derecho a su intervención ya que el mismo goza de la condición de sindicato que en el ámbito territorial de referencia (municipio), tiene una representatividad superior al 10%. Por ello, sería sindicato «representativo» conforme a lo indicado en el artículo 7.º 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), Ley Orgánica 11/1985, al reconocer que «las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10% o más de delegados de personal y miembros del comité de empresa y de los correspondientes órganos de las administraciones públicas, estarán legitimadas para ejercitar en dicho ámbito funcional y territorial, las funciones y facultades a que se refieren los apartados b), c), d), e) y g) del número 3 del artículo 6.º, de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso».

Por todo ello, y al encontrarse en desacuerdo con el referido acuerdo, presenta recurso contencioso-administrativo ordinario que interpone con fecha 30 de septiembre de 2007.

Igualmente, en la misma fecha, presenta recurso contencioso-administrativo contra el Decreto L/L de la Comunidad Autónoma sobre programas de formación profesional ocupacional en el ámbito de la Comunidad. El recurso lo fundamenta afirmando que el hecho de que el decreto limite la participación en la mesa de negociación a los sindicatos más representativos, significaría que el derecho a negociación colectiva, inherente al desarrollo del derecho a la libertad sindical, quedaría comprometido si se impide la participación de los sindicatos que gozan de representatividad en el ámbito territorial de la negociación, en este caso, el ámbito local.

Una de las partes demandadas se opone al recurso interpuesto contra el acto alegando lo siguiente:

- a) Inadmisibilidad del recurso por posible carencia de contenido constitucional.
- b) Inadmisibilidad del recurso por supuesta falta de acto administrativo impugnado, por cuanto que ante la petición del sindicato de formar parte en la mesa de negociación, no hay otra respuesta que la simple remisión a un acuerdo denegatorio de la misma mesa de negociación.
- c) No existe discriminación o violación del derecho a la libertad sindical por no convocar a sindicatos que no es «más representativo» aunque tenga representación superior al 10% en el ámbito de la negociación.

Tramitándose el proceso contencioso-administrativo, se otorga el plazo de 20 días al demandante para que formule su demanda. A los dos días siguientes de finalizado el citado plazo, es presentado dicho escrito.

El Ayuntamiento demandado no llegó a personarse en el proceso incoado por lo que el órgano jurisdiccional no le dio traslado de la demanda presentada.

Finalmente, son de señalar las siguientes circunstancias:

- a) Por la parte demandante se solicita la confesión judicial de la administración, mediante la petición de posiciones al representante de la Administración.
- b) Igualmente solicita una prueba documental advirtiéndole de que en caso de denegación, resultará afectado un derecho constitucional.

Concluido el período de pruebas y notificadas las partes, la demandante solicita la celebración de vista en los cinco días siguientes.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Está interpuesto en plazo el recurso contencioso-administrativo contra el acto de la mesa que deniega la solicitud del sindicato RRR? Aparte de este recurso contencioso-administrativo ordinario, ¿era posible otro tipo de recurso contencioso-administrativo en este caso?
2. ¿Es posible recurrir el Decreto de la Comunidad Autónoma que establecía los programas de formación profesional ocupacional en el ámbito de la Comunidad? Comentar si tiene razón en el argumento que esgrime.
3. Dar contestación a las razones que esgrime la parte demandada para oponerse al recurso interpuesto.
4. Comente el hecho de que se presentara la demanda a los dos días de vencido el plazo dado para ello.
5. Comente si el órgano jurisdiccional actúa correctamente no dando traslado de la demanda al ayuntamiento que no compareció en el proceso.
6. Comente la pertinencia de la prueba de confesión judicial solicitada.
7. Comente los términos en que la parte demandante solicita la prueba documental.
8. Comente la celebración de vista pedida por la parte demandante.

## **SOLUCIÓN**

1. El citado recurso está interpuesto en plazo, ya que el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), establece el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación o publicación del acto, si el acto fuera expreso, para poder interponer el recurso contencioso-administrativo. Y sí es cierto que en este caso el acto administrativo se comunicó o notificó el día 1 de julio de 2007 y que el recurso contencioso-administrativo no se interpuso hasta el día 30 de septiembre del mismo año, es decir habían transcurrido ya los dos meses señalados en el precepto indicado. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en el cómputo del tiempo estuvo por medio el mes de agosto, y la LJCA respecto a este mes señala en el artículo 128.2 que «durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta ley, salvo el procedimiento para la protección derecho de los derechos fundamentales».

Es evidente que el sindicato recurrente pudo utilizar la vía de ese recurso sumario y preferente a que se refiere el artículo 53 de la Constitución y que viene regulado en la LJCA estando prevista una tramitación mucho más rápida, pero al no hacerlo así, porque el relato de hecho dice al respecto que interpusieron el recurso contencioso-administrativo ordinario, a efectos del cómputo del plazo, el citado artículo 128.2 resulta aplicable.

Con lo dicho anteriormente, estamos dando contestación a la segunda de las cuestiones que se han planteado en esta pregunta, respecto a que si era posible utilizar otra vía que no fuera la del recurso contencioso-administrativo ordinario, y es que pudieron hacer uso del recurso especial previsto para la protección de los derechos fundamentales en el artículo 53. 2 de la Constitución, porque al menos, el derecho de libertad sindical contemplado en el artículo 28 pudiera estar vulnerado, presuntamente, al sindicato recurrente cuando se le deniega su participación en la mesa de negociación del plan local de ocupación y trabajo.

Este proceso se encuentra regulado en los artículos 114 a 122 de la LJCA, estando prevista una tramitación más rápida puesto que el recurso se deberá interponer en el plazo de diez días, la administración debe remitir el expediente en el plazo de cinco días, existe ocho días para la demanda y para la contestación a la demanda y, finalmente, se dictará sentencia en el plazo de cinco días.

2. Es evidente que el recurso está presentado fuera de plazo porque el Decreto se publicó el día 1 de marzo y el recurso interpuesto el día 30 de septiembre. De manera que había transcurrido el plazo de dos meses previsto por el artículo 46.1 de la LJCA.

Ahora bien, la LJCA en su artículo 26, en relación con los artículos 10 y 27, prevé el recurso indirecto contra una disposición reglamentaria, es decir, recurriendo el acto de aplicación del Decreto, si era denegatorio para formar parte de la mesa negociadora, se puede recurrir la disposición general cuando considere que la misma no se ajusta a derecho.

En concreto, en este caso, se podría recurrir el artículo 25 del citado decreto, que antes hemos transcrito literalmente, porque limitaba la intervención en la mesa de negociación a las organizaciones sindicales «más representativas», por lo cual pudiera quedar excluido el sindicato recurrente, porque para que pudiera participar deberían haberse referido simplemente a las organizaciones «representativas» y no a las más representativas, o haber incluido a las «más representativas a nivel municipal».

Ahora bien, lo que no tiene sentido es que interpusiera un recurso independiente contra ese artículo del Decreto, porque, en este caso, ha de considerarse el recurso como extemporáneo y por tanto deberá decretarse su no admisión.

Lo único que podía intentar es recurrir indirectamente el citado artículo 25, pero aun así sería discutible, porque podríamos hablar de los actos propios o consentidos cuando publicado el Decreto, dejó pasar el plazo de dos meses para impugnarlo.

Respecto al argumento que señala en el sentido de que limitar la participación a los sindicatos más representativos comprometería el derecho a la negociación colectiva, inherente al desarrollo del derecho a la libertad sindical, si se impide la participación de los sindicatos que gozan de representatividad en el ámbito territorial de la negociación, en este caso, el ámbito local, debemos señalar que no tiene razón ninguna porque:

- Para nada queda afectada la negociación colectiva referida esta a la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos o privados. Pero que aquí se trata de una mesa de negociación para la elaboración del plan local de ocupación, proyectado por tanto sobre medidas de fomento de la ocupación e inserción laboral y no tanto por las condiciones de trabajo de los ya ocupados.
- Porque el decreto que ha aprobado la Comunidad Autónoma se limita a señalar la intervención de los sindicatos en la mesa de negociación que ha de elaborar el plan local de ocupación, referido a los «más representativos». Y ya hemos visto cómo el artículo 6.º de la LOLS precisa que la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional, como de acción sindical, lo que *a sensu contrario* implica que sindicatos como el recurrente, que carece de la condición de más representativo, puede tener limitada su participación institucional y acción sindical al carecer de la singular posición jurídica preferida. Y el Decreto aprobado por la Comunidad Autónoma es respetuoso con ello, ya que otorga esa singular posición jurídica a los sindicatos «más representativos».
- El artículo 7.º 2 de la LOLS nos señala qué debe entenderse por los sindicatos «más representativos», sin que pueda incluirse en ellos al sindicato recurrente, y sin que haya incluido la representación y participación institucional en el ámbito local que pretende aquel sindicato.

### 3. A) Causa de inadmisibilidad por posible carencia de contenido constitucional.

En primer lugar, debemos señalar al respecto que el recurso que se interpuso fue el ordinario contencioso-administrativo por lo que puede plantearse fundado en todo las razones de legalidad ordinaria que se crean convenientes y no es ni necesario ni imprescindible basarlo necesariamente en la vulneración de algún precepto constitucional referido a los derechos fundamentales o libertades públicas. Esto sería necesario en el caso de que se recurriera por la vía sumaria y preferente a que se refiere el artículo 53 de la Constitución, y que viene desarrollado como un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales en la propia LJCA.

En segundo lugar, no es cierto que exista carencia de contenido constitucional, pues la cuestión que se está debatiendo es la de si debería haber formado parte de la mesa de negociación o no, es decir, está en juego un problema de representatividad y no es incompatible con los principios constitucionales, y no ha de ocultarse que presenta riesgo para el derecho de libertad sindical y para el principio de igualdad de trato y no discriminación entre organizaciones sindicales, de modo que los indicadores de representatividad han de cumplir los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad.

Los criterios de representatividad, en cuanto que da lugar a diferencia de trato, tanto pueden afectar al principio constitucional de igualdad y no discriminación -art. 14 de la Constitución- como al derecho de libertad sindical -art. 28.1- puesto que de este deriva también el derecho del sindicato a no sufrir discriminación.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional, aun partiendo de la aceptación de los criterios de representatividad, en tanto que, «entre otras razones, arranca de un dato objetivo que es la voluntad de los trabajadores expresada en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores y funcionarios», sin embargo, también recuerda que se encuentran sujetos a límites derivados del juego de los artículos 14 y 28. 1 de la Constitución (Ss. 98/1985 y 188/1995).

Por tanto, los artículos 14 y 28.1 de la Constitución actúan como parámetro de constitucionalidad y aconsejan una valoración de la proporcionalidad de la medida en directa relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos por ella.

### B) Causa de inadmisibilidad por supuesta falta de acto administrativo impugnabile.

El Ayuntamiento demandado alega que en realidad no existe acto administrativo por cuanto que ante la petición del sindicato de formar parte en la mesa de negociación, no hay otra respuesta que la simple remisión a un acuerdo denegatorio de la misma mesa de negociación.

Dicha argumentación debe ser rechazada por cuanto que el propio artículo 25 del Decreto L/L de la Comunidad Autónoma sobre programas de formación profesional ocupacional en el ámbito de la Comunidad prevenía que «las entidades locales, por sí o mancomunadamente, deberán con-

sensuar junto con las organizaciones empresariales y sindicales representativas un plan de empleo local elaborado de acuerdo con las directrices del plan de empleo autonómico, nacional o comunitario». Es decir, la norma reglamentaria que sirve de fundamento para constituir la citada mesa de negociación previene que son las entidades locales –en este caso el Ayuntamiento– quienes han de consensuar con las organizaciones sindicales y empresariales representativas la elaboración del plan. Por tanto, le viene a dotar de un papel convocante de las organizaciones que han formar la mesa y, consecuentemente, la negativa a dar entrada al sindicato RRR –aunque sea por medio de fundamentarlo en un acuerdo de la mesa– no es sino una decisión administrativa de no permitirle la intervención del sindicato por parte de quien tiene la facultad de efectuar la oportuna convocatoria para ello.

En conclusión, la remisión a un acuerdo de la mesa no enmascara la verdadera decisión de la administración local –en su condición de convocante de la mesa– consistente en denegar la participación del sindicato RRR.

C) No existencia de discriminación o violación del derecho a la libertad sindical por no convocar a sindicato que no es más representativo, aunque tenga representación superior al 10 por 100 en el ámbito de la negociación.

Tiene razón el Ayuntamiento demandado en este argumento que utiliza para oponerse al recurso interpuesto ya que, efectivamente, desde el punto de vista legal el sindicato RRR carece de la condición del sindicato «más representativo» que era la condición que el Decreto aprobado por la Comunidad Autónoma exigía, ya que este concepto de «más representativo» ha de deducirse de la legislación vigente al respecto.

En este sentido, este concepto viene definido en concreto por la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, en sus artículos 6.º 2 y 7.º 1, al precisar que la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical y que conforme al artículo 6.º 2 «tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal: a) los que acredite una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las administraciones públicas; y tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de comunidades autónomas: a) los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de al menos el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y los órganos correspondientes de las administraciones públicas, siempre que cuente con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal».

Si por otra parte observamos el Decreto aprobado por la Comunidad Autónoma se observa que sirve de fundamento para la participación la de ser organizaciones sindicales «más representativas» y no las meramente «representativas».

En consecuencia, el hecho de que el sindicato RRR sea representativo en el ámbito municipal, no significa que entre dentro del concepto «más representativo», que era el exigido y que viene señalado por la ley en los términos que con anterioridad hemos comprobado.

4. El artículo 128.1 de la LJCA señala hasta que los plazos son improrrogables y una vez transcurridos, se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiera dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda y producirá sus efectos legales, si se presentara dentro del día en que se notifique el auto, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer el recurso. Por tanto, mientras no se notifique el auto, se puede presentar el escrito de demanda. Ignoramos en este caso concreto si se notificó dicho auto o no.

5. En primer lugar, debemos señalar que parece, en este caso, imposible que el Ayuntamiento no se hubiere personado, porque el artículo 50.2 de la LJCA señala que «las Administraciones públicas se entenderán personadas por el envío del expediente». Y resulta obvio que en este caso concreto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LJCA, debió el Ayuntamiento remitir obligatoriamente el expediente al órgano jurisdiccional, porque era requisito imprescindible para la tramitación del proceso.

Por si no fuera suficiente, el artículo 54.4 de la LJCA señala que si la administración demandada fuera una entidad local y no se hubiere personado en el proceso pese a haber sido emplazada, se le dará traslado, no obstante, de la demanda, para que en el plazo de 20 días pueda designar representante en juicio o comunicar al juez o tribunal por escrito los fundamentos por los que estimare improcedentes las pretensiones del actor.

En conclusión, debemos señalar que en este caso el Ayuntamiento se había personado en el proceso, al remitir el expediente al tribunal y que por tanto, debió dársele traslado de la demanda para que contestara en el plazo de 20 días.

6. Debemos señalar al respecto que la legislación (LEC, art. 315) impide pedir posiciones al representante de la administración, lo que la parte contraria debe proponer es por escrito las preguntas que serán contestadas por vía del informe por los empleados de la administración a quienes conciernen los hechos.

Esta forma de practicar la referida prueba no solo no vulnera ninguna norma o garantía procesal ni tampoco el artículo 24 de la Constitución, sino que constituye la realización de la específica previsión legal que atiende a la peculiaridad que representa la actuación como parte de la administración pública en un proceso judicial.

7. El Tribunal Constitucional viene reiterando una consolidada doctrina sobre el derecho a la utilización de los medios de pruebas pertinentes (art. 24.2 CE), que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004, sintetiza en sus líneas principales de la siguiente manera:

Este derecho fundamental que opera en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes están facultadas para exigir cualquier prueba que quieran proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes. Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo solo admisible los medios de prueba autorizados por ordenamiento. Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo el Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, el Tribunal Constitucional solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieren inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial. Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente o lo que lo mismo, que sea decisiva en términos de defensa. A tal efecto, se señala que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa, y por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por el Tribunal Constitucional mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre el recurrente.

En conclusión, respecto al caso que analizamos, el simple hecho de que no se admita la prueba no significa, en absoluto, que se produzca la indefensión a que hace referencia el recurrente, si no se le admitiera, pues la misma ha de ser pertinente, ha de ser admitida por el órgano judicial, y si no es así, debe producir su ausencia la indefensión material del proponente. En caso contrario, la no realización de la prueba o su denegación no tendrá incidencia alguna respecto a su derecho a la defensa.

8. Su actuación no fue conforme a derecho porque debió haber solicitado la celebración de vista por medio de «otrosí» en el escrito de demanda o bien, separadamente, por escrito, en los tres días siguientes a ser comunicada la conclusión del período de prueba según dispone el artículo 62.2 de la LJCA.

Ahora bien, aplicando el artículo 128.1, mientras no se le comunique por auto el decaimiento del derecho al trámite deberá admitirse el escrito que presente y producirá sus efectos. En conclusión, el órgano judicial debía admitir el escrito y acordar la vista.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, arts. 14, 24, 28.1 y 53.2.
- Ley Orgánica 11/1985 (LOLS), arts. 6.º 2 y 7.º 2.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 10, 26, 27, 46.1, 50, 62.2, 114 a 122.6 y 128.1 y 2.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 315.