

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 194/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña.

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1719/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.

D.

D.

D.^a.

D.^a.

En Madrid, a 12 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 194/2018 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. , en nombre y representación de la Unión General de Trabajadores, y de la Procuradora Dña. , en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, contra el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso el día 7 de mayo de 2018, contra el Real Decreto 94-2018 de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, publicado en el B.O.E. de fecha 6 de marzo de 2018.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

Ambos sindicatos tenían distinta representación procesal, pero concurrieron bajo la misma representación en el escrito de demanda que presenta la procuradora Dña. , el día 5 de septiembre de 2018, donde se solicita que se <<se dicte sentencia por la que se anule y deje sin efecto el Real Decreto 94/2018, por haber omitido el trámite de audiencia previa infringiendo con ello el art. 26.2 y 6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, o subsidiariamente, se dicte sentencia por la que se anule y deje sin efecto el artículo 3 del Real Decreto 94/2018 por excluir de su composición a las organizaciones sindicales más representativas, infringiendo con ello los arts 7 y 28.1 de la Constitución y el artículo 6.3.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical (LOLS).>>

Y por medio de otrosí se interesa el recibimiento del presente procedimiento a prueba.

TERCERO.- Habiéndose dado traslado al Abogado del Estado del escrito de demanda, presenta escrito de contestación el día 8 de octubre de 2018, en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo.

CUARTO.- Solicitado el recibimiento a prueba, la Sala acordó mediante auto de fecha 8 de noviembre de 2018 recibir el proceso a prueba, admitiéndose los medios de prueba propuestos por la parte recurrente, en el

primer otrosí de su escrito de interposición del recurso, teniendo por unido el documento uno aportado con el mismo y por reproducido el expediente administrativo.

QUINTO.- Conferido trámite de conclusiones, por plazo de 10 días, la parte actora presentó escrito de conclusiones el día 29 de noviembre de 2018, y el Abogado del Estado, por su parte, presenta escrito de conclusiones el día 5 de diciembre de 2018.

SEXTO.- Evacuado el citado correspondiente trámite de conclusiones, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 3 de diciembre de 2019, fecha en la que tuvo lugar

Entregada la sentencia por la magistrada ponente el día 4 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo*

El presente recurso contencioso administrativo se interpone por la Unión General de Trabajadores, y por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, contra el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, *por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.*

Se solicita la nulidad de la totalidad del Real Decreto impugnado, como pretensión principal, al no haberse observado las normas que rigen la elaboración de las disposiciones generales, en concreto por la infracción del artículo 26.2 y 26.6 de la Ley 50/19197, de 27 de noviembre, del Gobierno, toda vez que, se aduce, se ha omitido el trámite de audiencia previa a las citadas organizaciones sindicales.

Subsidiariamente, se solicita también, en el escrito de demanda, que se declare la nulidad del artículo 3 del expresado Real Decreto impugnado, por excluir a dichas organizaciones sindicales cuando se trata de sindicatos que tienen el carácter de más representativos, respecto de la composición de la Comisión Interministerial, que regula el citado artículo 3, creada para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.

SEGUNDO.- *La posición procesal de las partes*

Sostienen los sindicatos recurrentes que se han vulnerado los artículos 26.2 y 26.6 de la Ley 50/1997, 27 de noviembre, del Gobierno, al no haberse realizado una consulta pública, ni conferido trámite de audiencia a las organizaciones sindicales más representativas de los intereses de los trabajadores como son los dos sindicatos recurrentes. Si la Comisión interministerial, creada por el expresado Real Decreto, lo que pretende es dar cauce a una contratación pública socialmente mas responsable, mediante la incorporación de criterios sociales que afecten a determinados aspectos de la política social, han que tenerse en cuenta que en este ámbito se desenvuelve la actividad de los sindicatos recurrentes, por lo que debería haberse realizado, se arguye, ese trámite de audiencia cuya omisión denuncian.

Además, consideran que la regulación de dicho Real Decreto ha infringido los artículos 7 y 28.2 de la CE y artículo 6.1 y 6.3.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en relación con los artículos 151 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y los Convenios 87 y 94 de la Organización Nacional del Trabajo. Sosteniendo al respecto que la procedencia de introducir cláusulas sociales en los procedimientos de contratación es una finalidad a conseguir por la Comisión y el Parlamento Europeo desde los años noventa, y que ha de darse entrada a los interlocutores sociales, además de favorecer la participación institucional, primando a los sindicatos más representativos, en aplicación de la Ley de Libertad Sindical y para evitar la arbitrariedad.

Por su parte, el Abogado del Estado considera que no se infringe ni el artículo 26.2 ni el artículo 26.6 de la ya citada Ley 50/1997, porque no procede el trámite de consulta previa, ni el de audiencia a los ciudadanos o las organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, cuando se trata de reglamentos independientes u organizativos.

Añade el representante de la Administración General del Estado que cuando no se incluye, a tenor de la regulación contenida en el Real Decreto impugnado, a ningún sindicato en la Comisión interministerial que se crea, ello obedece a que se trata de una norma interna de la Administración, que alumbra un órgano administrativo, compuesto por personal de la Administración, lo que no supone una vulneración de la libertad sindical, pues ello no afecta ni se conecta con el contenido esencial de ese derecho fundamental.

TERCERO.- *El procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias*

La nulidad de la totalidad del Real Decreto impugnado debe ser analizada con carácter preferente al otro motivo de impugnación invocado, atendidas las consecuencias que se anudan a su estimación. Pues bien, esa nulidad se construye sobre la infracción de las normas que regulan el procedimiento de la elaboración de las disposiciones generales o normas reglamentarias, previsto en los artículos 26.2 y 26.6 de la expresada Ley 50/1997. Debemos reparar que aunque en el escrito de demanda se alega esa doble infracción y se hace una mención inicial a la consulta pública, el alegato y exposición razonada se refiere únicamente al trámite de audiencia previsto en el artículo 26.6 de la mentada Ley 50/1997.

Conviene advertir, antes de continuar, que el artículo 26 de la citada Ley 50/1997, como también en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, prevén, respecto del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias y por lo que hace al caso, dos trámites diferentes. De un lado,

un trámite de *consulta pública* para recabar la opinión de los ciudadanos y organizaciones representativas que tiene lugar antes de la elaboración del proyecto de norma reglamentaria. Y de otro, está el trámite *de audiencia* que recaba la opinión de aquellos ciudadanos titulares de derechos e intereses legítimos afectados por el proyecto de norma reglamentaria ya redactado, así como de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos e intereses legítimos se vieran afectados por la norma o cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

Pues bien, limitando nuestro enjuiciamiento a la falta de audiencia a los sindicatos recurrentes y, por tanto, a la lesión del artículo 26.6 de la Ley 50/1997, a tenor del escrito de demanda, nos corresponde seguidamente determinar si efectivamente debió de conferirse trámite de audiencia, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado, a los sindicatos recurrentes que además tiene el carácter de más representativos.

CUARTO.- *El trámite de audiencia y las normas reglamentarias organizativas*

El trámite de audiencia del proyecto de norma reglamentaria procede cuando *“afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas”* , y también respecto de las *“organizaciones o asociaciones reconocidas por Ley que agrupen o representen a personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”* (artículo 26.6 de tanta cita).

Ahora bien, esa regla general tiene su excepción, pues este trámite de audiencia puede omitirse, en dos supuestos. Primero, cuando existan graves razones de interés público, que deben justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Y segundo, cuando se trate de las disposiciones presupuestarias o cuando regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas. Así lo disponen tanto el artículo 26.6, párrafo 3, de la Ley 50/1997, como el artículo 133.4 de la Ley 39/2015.

Pues bien, en este caso no se ha realizado el trámite de audiencia por la segunda de las razones apuntadas. Así lo pone de manifiesto no sólo el propio alegato esgrimido por el Abogado del Estado, sino que figura en la Memoria abreviada del Análisis de Impacto Normativo, que obra en el expediente administrativo, y que nos indica, en su página 3, que se omite el trámite de audiencia *“por ser una norma de organización interna de la Administración”*. Es decir, por tratarse de una norma reglamentaria de carácter organizativo, norma interna de la Administración, que crea un órgano administrativo nuevo, una comisión interministerial. La Memoria se acoge, por tanto, a la tradicional excepción de la norma organizativa, que también resulta aplicable respecto de la consulta pública y de la información pública, según dispone el artículo 133.4 de la Ley 39/2015.

De modo que nos corresponde determinar si estamos o no ante una disposición general de carácter organizativo, y si es así, si resultaba o no preciso el trámite de audiencia a los sindicatos recurrentes.

Venimos considerando reglamentos de organización, siguiendo en este punto a la Sentencia de 6 de abril de 2004 (recurso de casación nº 4004/01), a aquellas disposiciones generales que se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, y de las potestades expresamente reconocidas en la Ley. Ya la Sentencia de 14 de octubre de 1997, que se cita, resume la jurisprudencia en esta materia declarando que por disposición organizativa entendemos aquélla que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competentes para prestar el servicio que pretende mejorar.

De modo que siguiendo ese criterio, la disposición general que, como la ahora impugnada, crea un órgano administrativo nuevo, una comisión interministerial, proyecta sus efectos esencialmente en el seno de la propia Administración, organizando el seguimiento y análisis de las cláusulas sociales en la contratación pública y demás funciones que luego abordaremos, por lo

que inicialmente podría pensarse que efectivamente puede prescindirse de ese trámite de audiencia.

QUINTO.- *La interpretación de este trámite de audiencia respecto de las disposiciones organizativas*

Ahora bien, aunque en la elaboración de las disposiciones generales de carácter organizativo puede prescindirse de ese trámite de audiencia, la interpretación que de tal excepción a la regla general ha venido realizando nuestra jurisprudencia, nos obliga a indagar sobre la naturaleza, incidencia y efectos que produce la disposición general impugnada respecto de los sindicatos. Dicho de otro modo, debemos determinar la trascendencia que tiene dicha norma reglamentaria, si es sólo interna, o si también se proyecta sobre los intereses legítimos de los ciudadanos y de las organizaciones que los representan.

En este sentido, la Sentencia de 27 de mayo de 2002 (recurso de casación nº 666/1996) afirma que los reglamentos organizativos, como ha admitido el Tribunal Constitucional (v. gr., Sentencia 18/1982, fundamento jurídico 4), pueden afectar a los derechos de los administrados en cuanto se integran de una u otra manera en la estructura administrativa, de tal suerte que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa, no excluye el cumplimiento del requisito que estamos considerando (trámite de audiencia) si se produce la afectación de intereses en los términos indicados.

Teniendo en cuenta que la distinción entre reglamentos ejecutivos y organizativos fue iniciada, como señala la Sentencia de 27 de mayo de 2002 (recurso de casación nº 666/1996), no sin contradicción, por un sector doctrinal para justificar la existencia de reglamentos independientes, y continuada por la doctrina del Consejo de Estado para determinar el ámbito de la necesidad, o no, de dictamen de este órgano consultivo para la tramitación de las disposiciones generales. Dicha distinción fue luego recogida en la jurisprudencia constitucional, en orden a la determinación del alcance del

término legislación, frente a ejecución en el marco de la delimitación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas.

De manera que, como antes señalamos, tal distinción no resulta sin más aplicable, con carácter automático, para determinar si debe o no darse audiencia previa. Debe determinarse antes si aquellos reglamentos, aún siendo organizativos, deben ser objeto de audiencia por afectar a intereses legítimos legalmente representados por determinadas entidades, toda vez que debe tomarse en consideración si se produce esa incidencia sobre los derechos e intereses de los ciudadanos en cuanto integrados en una estructura, de tal manera que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa no excluye, sin más, aunque lo hará en la mayoría de los casos, el cumplimiento del trámite de audiencia que examinamos. Al menos, a lo que obliga es a la Administración a señalar que se trata de una norma de carácter organizativo, pero sobre todo a razonar y justificar que dicha norma no tiene incidencia o trascendencia sobre los intereses de los ciudadanos y las organizaciones que los representan.

SEXTO.- *Los sindicatos y el Real Decreto 94/2018*

Nos resta, en definitiva, y a tenor de lo expuesto hasta ahora, poner en relación el Real Decreto impugnado con la función que desempeñan los sindicatos recurrentes, para determinar si, efectivamente, a pesar de tratarse de una norma reglamentaria de carácter organizativo, su contenido produce esa incidencia, que antes ya señalamos, sobre los intereses de los ciudadanos y de las organizaciones que los representan, y cuya concurrencia determinaría la necesidad del trámite de audiencia a los recurrentes.

Pues bien, cuando nos referimos a los sindicatos de trabajadores no aludimos sólo a una organización reconocida por la Ley, sino que tiene relevancia constitucional, toda vez que nuestra Constitución, no sólo ha protegido reforzadamente la libertad sindical, sino que, por lo que ahora importa, ha atribuido a los sindicatos de trabajadores una función básica de

defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios (artículo 7 de la CE). En este sentido, venimos afirmando, respecto de los sindicatos, desde una perspectiva constitucional, que su función, prevista en el citado artículo 7, no es únicamente la representación de sus miembros, a través de los esquemas propios del derecho privado, pues, cuando la Constitución y la Ley los confieren la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores, requieran el necesario ejercicio colectivo (Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 ó 217/1991, entre otras).

Y lo cierto es que los intereses sociales y laborales están permanentemente concernidos, a tenor de la propia exposición de motivos, en el propio Real Decreto impugnado, cuando se refiere a la contratación pública, tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (al trasponer Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión), pues se refiere a la contratación pública estratégica de carácter social, pues la autoridades pueden promover oportunidades de *“empleo, trabajos dignos, (...) el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores”*. Del mismo modo que cuando examina, en el ámbito interno, el enfoque de la integración de criterios sociales en la contratación pública que se ha recogido, entre otros, en el Programa Nacional de Reformas para el año 2017, se insiste en la necesidad de seguir luchando contra el desempleo y promoviendo la inclusión social. El Programa afirma es *“la vía más efectiva para luchar contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social es la creación de empleo y la inserción laboral. Por ello, un año más son prioritarias las reformas que promuevan la incorporación de los ciudadanos al mercado de trabajo, destacando en particular las políticas activas de empleo y de adecuación del capital humano. Además, en 2017 se llevarán a cabo actuaciones como la puesta en marcha de la Estrategia de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (...)”*.

Además, se alude a las previsiones específicas de carácter social incorporadas en el ámbito de la adjudicación de contratos, mediante el *“fomento de la integración social de personas (...) desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato» (artículo 145). También en el ámbito de la adjudicación, los criterios de desempate de los pliegos recogen medidas de carácter social (artículo 147)”.*

SÉPTIMO.- *La afectación de intereses*

De modo que las organizaciones sindicales en defensa de los trabajadores resultan afectadas por la propia configuración y finalidad perseguida por el Real Decreto impugnado, pues los intereses de carácter social resultan concernidos, mediante la conexión que se produce entre la norma organizativa y los intereses de los trabajadores a los que representan los sindicatos, y los de estos mismos, cuyos fines guardan relación directa con su objeto.

El trámite de audiencia, previsto en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, y en el artículo 133.2 de la Ley 39/2019, en consecuencia, debió de haberse realizado, pues su finalidad es hacer efectivo el principio de participación que recoge el artículo 105 de la CE, y que resultaba adecuado y obligado en

función de las circunstancias examinadas. Además, hemos señalado en Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (recurso de casación nº 4035/2005) que *<<es cierto que en otras ocasiones, esta misma Sala (por todas, Sentencia de 12 octubre 2008) ha limitado la audiencia en la elaboración de este tipo de disposiciones a las corporaciones de adscripción obligatoria, pero no lo es menos que en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o entidades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma, de manera que mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sustrayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente autoorganizativa. (...) Por lo que respecta a la naturaleza no corporativa de la organización sindical recurrente, se ha de indicar que ya en la Sentencia de esta Sala, de fecha 27 de mayo de 2002, se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el artículo 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos e intereses afectados, aún cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura>>.*

Ahora bien, los intereses concernidos que determinan la necesidad del trámite de audiencia en la elaboración de la norma, nada tienen que ver con el fondo de este recurso, referido únicamente a la composición de una comisión interministerial, compuesta por órganos de la Administración o de organizaciones dependientes o vinculadas a estas, ni desde luego permiten concluir que se debe alterar la composición de dicha comisión. Lo determinante para la estimación de este recurso se funda, como es natural en este tipo de trámites, en la necesidad de tomar en consideración otras perspectivas al elaborar la norma, con el fin de mejorar y perfeccionar su contenido para garantizar el acierto y oportunidad de ese producto normativo.

El trámite de audiencia, por tanto, no se concibe, ni con carácter general ni en este caso, como la ocasión para hacer un cambio en la composición de la comisión interministerial, sino para que se tomen en cuenta las aportaciones y propuestas de los sindicatos sobre todo o parte del contenido de dicho Real Decreto, sobre su finalidad, la naturaleza de la comisión que crea, las funciones a cumplir, la composición, el funcionamiento interno, la participación de terceros como los “interlocutores sociales”, y todo aquello que regula la norma ahora impugnada.

La omisión del trámite de audiencia previsto legalmente determina, según impone el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, la nulidad del Real Decreto impugnado. Pudiendo la Administración, en su caso, retrotraer el procedimiento administrativo de elaboración, al momento en que debió de realizar el citado trámite para que se lleve a efecto esa audiencia.

OCTAVO.- *Las costas procesales*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, no se hace imposición de las costas del proceso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Unión General de Trabajadores, y de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, contra el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, cuya nulidad declaramos. No se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la
Excma. Sra. D^a , estando constituida la Sala en Audiencia
Pública, de lo que certifico.