



Roj: **STS 365/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:365**

Id Cendoj: **28079140012018100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **46/2017**

Nº de Resolución: **1/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 46/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 10 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO), representada y defendida por la Letrada D.^a M.^a Jesús Herrera Duque contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento nº 247/2016, en las actuaciones seguidas en virtud de demanda de la Unión Sindical Obrera (USO) contra la Dirección General de la Función Pública (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), Comisiones Obreras (CCOO-FSC), la Federación de Servicios Públicos del Sindicato Unión General de Trabajadores de España (FSPUGT), la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Euzko Languileen Alkartasuna (ELA) sobre tutela de derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Dirección General de la Función Pública (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), representada y defendida por el Abogado del Estado, el sindicato Comisiones Obreras (CCOO-FSC), representado y defendido por la Letrada D.^a Rosa González Rozas, la Federación de Servicios Públicos del Sindicato Unión General de Trabajadores de España (FSPUGT), representada y defendida por el letrado D. Agustín Cámara Cervigón, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF), representada y defendida por la letrada D.^a Gloria Navarro Cebollero, la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Euzko Languileen Alkartasuna (ELA).

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la representación legal de Unión Sindical Obrera (USO) se presentó demanda de tutela de derechos fundamentales de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se declare: «a. La existencia de la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato demandante y de su derecho a la igualdad en los términos expuestos. b. La nulidad radical de la actuación de los demandados, ordenando el cese inmediato de la actuación contraria a la libertad sindical y a la igualdad, disponiendo el restablecimiento del Sindicato demandante en la integridad de su derecho, declarando que a efectos de componer la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado han de computar los resultados electorales (número de delegados) obtenidos en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores por el colectivo de profesores de religión contratado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que presta servicios en centros públicos docentes en ámbitos territoriales en que la competencia para la enseñanza de religión no se ha transferido por parte del Estado a la Comunidad Autónoma correspondiente, los cuales, mantienen una relación laboral con la Administración Pública. c. La reparación de las consecuencias derivadas de la acción de los sujetos demandados, incluida la indemnización procedente en los términos señalados en el artículo 183 de la L.R.J.S . y que se cuantifican en 187.515 Euros».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «En la demanda de tutela de derechos fundamentales, promovida por USO, estimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, alegada por CCOO, a la que se adhirieron la DIRECCIÓN GENERAL DE FUNCIÓN PÚBLICA (MINISTERIO DE HACIENDA), CSIF, la UGT y el MINISTERIO FISCAL, por lo que nos declaramos incompetentes por razón de la materia para conocer de las pretensiones de la demanda frente a ellos, advirtiendo a la demandante, que podrá hacer valer sus pretensiones ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- En la Mesa General de Negociación de la AGE, celebrada el 26-07-2014, participó USO. - El 21-12-2004 se constituyó el Foro del Dialogo Social en las Administraciones Públicas, en el que participaron únicamente CCOO, UGT y CSIF. - El acta constituyente obra en autos y se tiene por reproducida.

SEGUNDO.- Convocada la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado para los días 20 y 22-04-2010 se impidió la participación de USO, quien promovió medida cautelar, conocida por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, quien dictó Auto el 2-07-2010, en sus medidas cautelares 696/2010 , en cuya parte dispositiva se dijo lo siguiente:

LA SALA ACUERDA: ACCEDER a la medida cautelar solicitada y, en concreto, a que se mantenga la presencia del Sindicato recurrente, Unión Sindical Obrera (USO), durante la sustanciación del presente recurso, en la Mesa General de Negociación de Administración General del Estado con plenitud de efectos, esto es, siendo convocada a todas y cada una de las reuniones que se celebren en dicha Mesa General y en las Mesas Delegadas, Comisiones Técnicas o de Trabajo dependientes de misma, con suspensión de la decisión de su exclusión adoptada en la reunión de dicha Mesa General celebrada los días 20 y 22 de abril de 2010.

El 11-03-2014 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid dictó sentencia, en cuyo fallo se dijo lo siguiente:

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo ng 696/2010, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de UNION SINDICAL OBRERA (U.S.O.), por el Procedimiento Especial de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, contra la actuación material en vía de hecho llevada a cabo en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado en la reunión celebrada los días 20 y 22 de abril de 2010, mediante la cual se ha excluido a U. S.O. de la citada Mesa General de Negociación. Asimismo se han impugnado en este proceso, derivado de la acumulación de este proceso con recursos interpuestos ante la Sección 8a de este Tribunal, las siguientes actuaciones administrativas: a) los Acuerdos de 9 de junio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por los que se aprueba el "Procedimiento para la Elección de Órganos de Representación del personal laboral de la Administración General del Estado en el Exterior" y el "Procedimiento del Régimen Disciplinario del personal laboral de la Administración General del Estado en el Exterior"; b) la desestimación presunta de la solicitud formulada en fecha 8 de julio de de 2011 por la que se reclamaba el reconocimiento del derecho de U.S.O. a formar parte del Acuerdo de Medidas para el Desarrollo de la Prevención de Riesgos Laborales en la Administración General del Estado, aprobado en fecha 6



de abril de 2011 en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, y en consecuencia, a ser miembro de la Comisión de Seguimiento de dicho Acuerdo, así como el cese, por parte de la Administración, en la conducta discriminatoria y atentatoria de la Libertad Sindical; c) contra los Acuerdos de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por los que se aprueban el "Protocolo de Actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la AGE y de los Organismos públicos vinculados a ella", los "Criterios comunes aplicables a los Planes de Acción Social en la AGE" y los "Criterios generales para la elaboración de la memoria de Responsabilidad Social de la AGE" con exclusión de USO en todos ellos y, en consecuencia, debemos declarar y declaramos la nulidad de todas las actuaciones administrativas impugnadas porque vulneran el derecho del sindicato FEP-USO a la libertad sindical amparado por el artículo 28.1 de la CE. No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes personadas.

TERCERO.- En la Mesa General de la Administración General del Estado,

celebrada el 6-09-2012, participó USO. - También en sus reuniones de 29-10-2012 y 4-12-2013, cuyas actas obran en autos y se tienen por reproducidas. - Por el contrario, en la reunión de 31-07-2014 solo participaron CCOO y UGT.

CUARTO.- El 12-02-2016 tuvo lugar una reunión, convocada por la Dirección General de la Función Pública, que continuó reuniones precedentes, cuyo objetivo era precisar la representatividad de los sindicatos con vistas a su participación en la Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado, a las que fue invitada USO. - En la citada reunión se debatió si debían computarse los representantes elegidos por los profesores de religión para determinar la representatividad sindical, oponiéndose todos los sindicatos presentes, salvo USO, lo cual motivó que el Director General decidiera solicitar informe a la Abogacía General del Estado.

El mencionado informe se emitió el 19-04-2016, concluyéndose en el mismo que los representantes de los profesores de religión deberían computar a efectos de representatividad, *"siempre que dichos procesos electorales, y la consiguiente conformación de los órganos de representación derivados de los mismos, se haya desarrollado conforme a la normativa de aplicación, siendo irrelevante a estos efectos, que el régimen jurídico de dicho colectivo tenga una serie de particularidades que los distinguen del resto del personal de la Administración del Estado"*.

QUINTO.- Hasta junio de 2007 hubo oposición por parte de la Administración a entregar los censos laborales de los profesores de religión, que promovieron elecciones entre los propios profesores de religión, aunque se hizo aisladamente en algunas provincias. - Desde junio 2007 ya no hubo oposición a la celebración de elecciones en el ámbito del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. - En las elecciones, celebradas en 2015, hubo oposición por parte de la Administración para aportar los censos de los profesores de religión con base a las peculiaridades laborales de dicho colectivo.

No obstante, se ha promovido en Melilla elecciones sindicales para el colectivo de profesores de religión, dependientes del Ministerio de Educación, que fue anulada por Laudo de 4-05-2015, sin que se sepa si el laudo fue impugnado o no.

SEXTO.- En la reunión, celebrada el 6-06-2016, el Director General de la Función Pública aportó las certificaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre elecciones, que obran en autos y se tienen por reproducidas, conviniéndose por todos los presentes, que solo se tendrían en cuenta, para la determinación de la representatividad, las certificaciones expedidas por la Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. - En dichas certificaciones, expedidas el 6-06-2016 se reconocieron a USO 104 representantes sobre un total de 1266 representantes del personal laboral sin computar los representantes de los profesores de religión.

La DGFP y todos los sindicatos, salvo USO, decidieron que no procedía computar a los representantes de los profesores de religión para determinar la representatividad sindical para participar en la Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado.

SÉPTIMO.- El 10-06-2016 USO envió a la DGFP la comunicación siguiente:

El día 6 de junio de 2016 esta Organización Sindical fue convocada a una reunión para tratar "sobre la representatividad de las organizaciones sindicales tras el último proceso electoral celebrado", enmarcado en un grupo de trabajo de la Comisión de Seguimiento del "Acuerdo sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación", de 29 de octubre de 2012, BOE de 14 de noviembre de 2012.

En esa reunión se hacen unas manifestaciones verbales, sin ningún soporte documental, por parte del Subdirector General de Relaciones Laborales de que se ha recibido informe de la Abogacía del Estado en relación con el profesorado de religión que presta sus servicios en el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte haciendo



referencia a que son personal laboral de la Administración General del Estado pero que no han sido elegidos conforme al procedimiento establecido.

Esta petición de informe deriva de la decisión que adoptó usted en la reunión de 12 de febrero de 2016 de pedir informe a la Abogacía del Estado relativo a que si el citado personal era "personal laboral de la AGE".

En consecuencia se adopta la decisión de no computar para la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado a este personal teniendo como consecuencia la exclusión de USO de la Mesa General prevista en el artículo 36.3 del EBEP .

Por lo anteriormente expuesto, se solicita desde esta Organización Sindical:

1. Copia del citado informe de la Abogacía del Estado.
2. Se convoque a la Unión Sindical Obrera a la reunión del próximo lunes de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado del artículo 36,3 del EBEP al establecerlo el informe de la Abogacía del Estado en el que se indicaba, de forma indubitada, la condición de los profesores de religión como personal laboral de la Administración General del Estado.
3. Subsidiariamente, en el caso de no convocarnos a dicha reunión, se emita certificación de la decisión adoptada por parte de la Administración de no incluir al profesorado de religión dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Comunidades no transferidas) como personal a computar en la Mesa General de Negociación prevista en el artículo 36.3 del EBEP y la consiguiente exclusión de USO de la misma.

Dicho requerimiento fue contestado por la DGFP el 22-03-2016, en el que se explicaba que no procedía computar a los representantes de los profesores de religión.

OCTAVO.- El 13-06-2016 se reúne la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, a la que no se convoca a USO.

NOVENO. - En las elecciones, celebradas por los profesores de religión desde el 1-09-2012 al 31-08-2016, se eligieron 126 representantes, de los cuales CSIF obtuvo 36; USO, 36, FSES, 30; APRECE, 21 y CCOO, 3, según certificación de la Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que obra en autos y se tiene por reproducida.

DÉCIMO.- USO ha promovido demande de tutela de derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid con las mismas pretensiones.

Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Unión Sindical Obrera (USO), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Unión Sindical Obrera se presentó demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (vulneración del derecho a la libertad sindical y a la igualdad frente a Dirección General de la Función Pública (Ministerio de Hacienda y Administraciones Publicas), CCOO, Federación de Servicios Públicos del Sindicato Unión General de Trabajadores España, Central sindical Independiente y de Funcionarios, Confederación Intersindical Galega y Euzko Languillen Alkartasuna, en cuyo suplico se pedía, se dicte sentencia por la que se declare: "a. La existencia de la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato demandante y de su derecho a la igualdad en los términos expuestos. b. La nulidad radical de la actuación de los demandados, ordenando el cese inmediato de la actuación contraria a la libertad sindical y a la igualdad, disponiendo el restablecimiento del Sindicato demandante en la integridad de su derecho, declarando que a efectos de componer la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado han de computar los resultados electorales (número de delegados) obtenidos en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores por el colectivo de profesores de religión contratado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que presta servicios en centros públicos docentes en ámbitos territoriales en que la competencia para la enseñanza de religión no se ha transferido por parte del Estado a la Comunidad Autónoma correspondiente, los cuales, mantienen una relación laboral con la Administración Pública. c. La reparación de las consecuencias derivadas de la acción de los sujetos demandados, incluida



la indemnización procedente en los términos señalados en el artículo 183 de la L.R.J.S . y que se cuantifican en 187.515 Euros".

La controversia se produce con ocasión de constituir la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado excluyendo del cálculo a efectos de representatividad sindical a los representantes de los profesores de religión lo que a juicio del sindicato actuante vulnera su libertad y su derecho a la igualdad ya que les impidió alcanzar el 10% de representatividad para participar en la Mesa.

La sentencia estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia al entender que no corresponde al orden social conocer sobre los litigios que afecten a la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.

Frente a la decisión de la Audiencia nacional recurre USO en casación al amparo de los apartados a) y d) de la LJS.

Por razones de método procede iniciar el análisis de los motivos del recurso por el segundo que se formula ya que referido al examen de la competencia únicamente si ésta cuestión se resolviera en favor del orden social cabría entrar a conocer de los restantes motivos y todo ello habida cuenta de que en el examen de la competencia el Tribunal dispone de libertad para el examen de la totalidad de las actuaciones.

A título de mero adelanto de cuanto después se dirá cabe anticipar que en el primero de los motivos del recurso la parte actora denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba proponiendo la modificación del ordinal décimo a fin de sustituir su actual redacción por otra del tenor literal siguiente: «Décimo.- USO ha promovido demanda de tutela de derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, constando la interposición del Recurso Contencioso-Administrativo en el Descriptor 80 (Folios 2321 a 274), cuyo objeto es la impugnación de la actuación de la Administración y de la Mesa constituida al impedir la participación del sindicato en la Mesa de Negociación establecida en el artículo 36.3 EBEP , a pesar del derecho que ostenta, certificado por la propia Administración al tener un porcentaje del 13,42% de los delegados y corresponderle 2 de los 15 representantes de la misma, y la consiguiente nulidad de la constitución de la mentada Mesa de negociación efectuada el 13 de junio de 2016 sin la integración en la misma de los dos miembros, de los quince que la conforman, que corresponden a este sindicato, dándolo por íntegramente reproducido».

En realidad la redacción que se postula deja inalterado el texto inicial añadiendo al mismo la referencia al recurso que la parte actora formuló en su día ante la jurisdicción contencioso administrativa, más como quiera que la discusión en el presente procedimiento versa a propósito de la competencia del orden social nada puede esclarecer la adición que desde el punto de vista formal insta el recurrente.

SEGUNDO .- Al amparo del artículo 217.a) el sindicato actor alega la infracción de los artículos 117.4 de la Constitución Española , CE , 3.1 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ , y 2.f) de la Ley de la Jurisdicción Social. La cuestión que se plantea , impugnación de la constitución de una Mesa de Negociación cuyos acuerdos en su momento irán dirigidos a personal funcionario y laboral es una de las excepciones que contempla el artículo 3.e) de la LJS frente a la regla general de atribución de competencia que regula el artículo 2 del citado texto legal a través de diferentes supuestos entre los que se encuentra el apartado f) al que se remite la parte actora.

Ciertamente en dicho apartado se hace referencia a la tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas pero no existe dificultad en reconducir el contenido del apartado f) a la excepción del apartado e) del artículo 3. No cabe duda de que en la constitución de una Mesa Negociadora se involucra la afectación, entre otros, de los derechos de libertad sindical en cualquiera de sus vertientes pero ello no obsta a la eficacia del apartado e) del artículo 3 de la LJS que en tan explícita forma se refiere a la "composición de las Mesas de negociación". De no haber extendido el precepto su redacción a dicho párrafo cabría realizar una labor interpretativa , con el alcance que pudiera brindar en el terreno de la hipótesis, acerca de si la excepción del apartado e) supone la inclusión en el mismo no solo de los pactos otorgados una vez constituida la Mesa sino también de su propia constitución habida cuenta de la igualdad del escenario en el que deberían desenvolverse ambas actividades. La labor legislativa ha evitado la ampliación de la exégesis al facilitar un texto comprensivo de ambas fases en las que interviene el espíritu negociador y el ejercicio de los derechos inherentes.

En su recurso, la parte actora ha intentado por la vía del error en la apreciación de la prueba establecer una distinción competencial entre el ámbito del recurso interpuesto ante la jurisdicción contencioso administrativa, al que se refiere el hecho declarado probado décimo, y el que es objeto del presente recurso de casación al objeto de mostrar cómo ha discernido en cada caso la materia de la que debe conocer cada orden jurisdiccional.



Con independencia de que el recurso al que se refiere el décimo de los hechos declarados probados pueda tener por objeto una reclamación frente a la falta de convocatoria del sindicato actuante a la constitución de la MGNAGE, si bien no es esa finalidad la que se desprende claramente de la redacción propuesta para la modificación del citado hecho probado, redacción que tampoco se correspondería en los términos de su adición con lo que el sindicato afirma ser el objeto de dicho recurso, sería irrelevante que el mismo y el que aquí se dilucida coincidieran en los términos del suplico pues de lo que ahora se trata es de resolver acerca de la formulación de la demanda ante el orden social.

El criterio a seguir es el expresado en los anteriores fundamentos en sintonía con lo resuelto por la Sala de instancia al estimar la excepción de incompetencia jurisdicción por razón de la materia, opuesta por el Ministerio Fiscal, CCOO, CSIF, UGT y la Dirección General de la Función Pública (Ministerio de Hacienda), haciendo suya la doctrina casacional expresada, entre otras, en la STS de 6 de octubre de 2011 (Rec. 21/2011) que en el segundo de sus fundamentos de Derecho afirma lo siguiente: "En definitiva, como afirma la citada STS de 6 de octubre de 2001, reproducida por la sentencia del mismo Tribunal de 19 de junio de 2006, han de alcanzarse las siguientes conclusiones:

"a) El cauce jurisdiccional natural de protección de los derechos de libertad sindical, tanto en su esfera colectiva como individual, es el Orden Social, tal y como señaló el Tribunal Constitucional en sentencias de 55/1983, de 22 de Junio y 67/1982 de 15 Noviembre, antes incluso de su introducción por los artículos 175 y sgt. LPL, y 180-1 aún cuando la conducta lesiva provenga de la Administración Pública, y recordó esta Sala en su Sentencia de 30 de noviembre de 1998 (R-150/98) con las excepciones que se derivan del art. 3.a) del ET y art. 3.c) LPL.

b) Ahora bien, siendo este Orden el único con competencia para tutelar el derecho de libertad sindical de trabajadores y sindicatos, carece de ella para pronunciarse sobre la posible nulidad, cualquiera que sea su causa, de los acuerdos propios de la negociación colectiva en la función pública, que regulan las leyes 9/1987 de 22 de junio y 7/1990 de 19 de julio. Así lo declaró esta Sala en sentencias de 24-I-95 (rec. 409/94) y 29-IV-96 (rec. 1.403/1995); y lo ha ratificado finalmente, eliminando cualquier duda que pudieran haber suscitados anteriores pronunciamientos, en la 23-I-98 (rec. 1498/1996), dictada por todos los Magistrados que la integran constituidos en Sala General al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) Ha de mantenerse, pues, la declaración de incompetencia que realizó la Sala "a quo", puesto que no se impugna una simple conducta o práctica de la Administración en su calidad de empresario, que este Orden pueda declarar nula radical, ex. artículo 180.1 LPL, y ordenar su cese inmediato, sino Acuerdos adoptados en la esfera competencial que le atribuye la Ley 9/1987. Dicha incompetencia alcanza no sólo a la pretendida nulidad del Convenio Colectivo sino también sobre la nulidad parcial.

Como se dice en las sentencias de esta Sala de 28-1-2004 (R-51/03) y 16-7-04 (R-58/03) carece de sentido separar la competencia para conocer de la pretensión puntual de la demanda, que corresponde al orden contencioso-administrativo, de la competencia para entender de las controversias, que aunque puedan afectar a derechos relacionados con la libertad sindical, se refieren a eventuales lesiones de esa libertad que se concretan en actos que se producen en el marco del procedimiento de la negociación colectiva de la función pública".

Esta misma doctrina, favorable a la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en estos supuestos, se explicita en el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 10/07/06 (Conflicto nº 3/06), que literalmente establece:

"El presente conflicto negativo de competencia jurisdiccional entre el orden social y el orden contencioso-administrativo tiene por objeto la determinación de a quién corresponde la decisión de un litigio sobre participación de un sindicato (USO) en la mesa sectorial de negociación de Correos y Telégrafos y en las comisiones o grupos de trabajo creados a tales efectos en dicha empresa. El cauce utilizado para las reclamaciones jurisdiccionales del litigio principal es el de protección de derechos fundamentales (libertad sindical). La demanda inicial se interpuso en fecha 11 de octubre de 2004.

De acuerdo con doctrina jurisprudencial consolidada (STS Social 28-1-2004, rec. 51/2003; STS Social 7-12-2004, rec. 173/2003), y las que en ellas se citan) es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que conoce de los litigios relativos a la negociación colectiva de los funcionarios públicos regulada en la Ley 9/1987; entre ellos los derivados de la composición de las "mesas de negociación".

Esa doctrina es la misma que ha inspirado posteriores resoluciones como la STS de 29 de marzo de 2016 (Rec 176/2015) que no solo reproduce la anterior sino la que reflejan las SSTS de 14 de octubre de 2014 (Rec 2065/2013), y de 9 de marzo de 2015 (Rec. 119/2014), que no obstante referirse a la actuación de la Administración Pública mantienen el paralelismo de criterio respecto de los actos de carácter plural.



3.- Por tanto, la distribución competencial ha variado tras la entrada en vigor de la LRJS, pero debe partirse de la clara distinción entre:

a) Las actuaciones de la Administración pública "realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral, sindical y de seguridad social, las que como regla, tratándose de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados) de su impugnación conoce, como regla, el orden social, con excepciones (en especial en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo en especial "siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional" (arts. 1 , 2 letras n y s , y art. 3 letras a , e y f LRJS); y **b)** Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1 , y 2 letras a , b , e a i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS).

4.- Ahora bien, aunque no se establezca expresamente en el texto procesal social en su art. 2.n) respecto de la impugnación de los actos plurales de la Administración pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral (en cuanto ahora afecta), dado el principio básico establecido en tal norma para los actos, aún de distinta naturaleza, de la Administración pública empleadora que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario consistente en residenciar el conocimiento de los actos de implicación conjunta ante el orden contencioso-administrativo (salvo en materia de prevención de riesgos laborales), por analogía debe aplicarse el principio general consistente que tratándose de tales actos plurales de la Administración pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario su impugnación directa incumbe al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no al social; y sin perjuicio de que la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, cuyo conocimiento de afectar exclusivamente al personal laboral corresponda al conocimiento del orden social con posibilidad, en su caso, de resolver perjudicialmente sobre la resolución o acto de afectación conjunta (arg. ex arts. 3.d , 4.1 y 163.4 LRJS)."

La clara afectación de dos colectivos, funcional y laboral, exige reconducir el conocimiento de la controversia hacia el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción lo que resulta en la aplicación de la buena doctrina por el órgano de instancia.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Unión Sindical Obrera (USO), representada y defendida por la Letrada D^a M^a Jesús Herrera Duque contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2016, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional , en el procedimiento n^o 247/201. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.