

53/16



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
NÚMERO CUATRO  
DE MÁLAGA**

**PROCEDIMIENTO:** Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales 35/16

**SENTENCIA NÚMERO 52/17**

En la ciudad de Málaga, a 3 de febrero de 2017.

Don David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga, pronuncia

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**

La siguiente

**S E N T E N C I A**

Vistos los presentes autos de Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales número 35 de los de 2016, seguidos por cuestiones de personal, en los cuales han sido parte, como recurrente, la [REDACTED], con la representación y asistencia del Letrado Sr. Nieto Villena; y como Administración recurrida el Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella, con la representación de la Procuradora Sra. Chacón Aguilar y la asistencia Letrada de la Sra. Contreras Suárez; habiendo igualmente comparecido como codemandados el [REDACTED], con la representación y asistencia del Letrado Sr. Cívico Romero, [REDACTED], con la representación y asistencia de la Letrada Sra. Contreras Suárez. Igualmente fue parte el Ministerio Fiscal

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Letrado Sr. Nieto Villena, en nombre y representación de [REDACTED] se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de interposición de recurso contencioso administrativo para la Protección de Derechos Fundamentales frente a la desestimación presunta del recurso de reposición formulado por el Sindicato demandante, frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excelentísimo ayuntamiento de Marbella, adoptado en su sesión ordinaria de 1 de diciembre de 2015, en cuya virtud se aprobaba, basado en los criterios de representatividad que se contenía en su anexo primero, la siguiente composición de la Mesa General de Negociación, en atención a las últimas elecciones sindicales celebradas en el Ayuntamiento, así como el informe efectuado por el Área de Recursos Humanos, Organización y Calidad, y teniendo en cuenta los resultados obtenidos de manera proporcional al número de delegados sindicales y votos obtenidos por las organizaciones sindicales, así como el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (artículos 35 y 36): [REDACTED]

Código Seguro de verificación: n4au322Lk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/15



n4au322Lk7Gew3WVytpePw==



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**Segundo.-** Convenientemente turnado dicho escrito, recae el conocimiento del aquel en este Juzgado, que dictándose por la Secretaría del mismo Diligencia de Ordenación día admitiéndolo a trámite, ordenando la sustanciación de la cuestión por los trámites del procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales, teniendo por personada a la parte y ordenando reclamar de la Administración demandada el expediente administrativo y el emplazamiento de interesados.

**Tercero.-** Recibido el expediente administrativo se dictó Decreto mandando seguir las actuaciones por el trámite del procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales por la cual se ordenó su entrega a la parte actora para que la misma formalizase a la vista de aquel demanda por plazo de ocho días. Verificada la entrega y posterior devolución del expediente administrativo, se formalizó demanda en plazo, se solicitaba el dictado de Sentencia por la que se declarase la nulidad de la inclusión en la Mesa General de Negociación de los Sindicatos [REDACTED] determinándose una nueva composición atendiendo los resultados obtenidos por aquellos sindicatos que hubiesen obtenido el mínimo del 10% de representatividad tanto en el Comité de empresa como la junta de personal, procediendo anular todas las actas, acuerdos y decisiones de la Mesa General de Negociación desde su constitución en adelante. Se ordenó por Diligencia de Ordenación dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a la Administración demandada por idéntico plazo para formalizar contestación. La Administración demandada no formuló contestación en tiempo y forma, solicitando el Ministerio Fiscal, con carácter previo a emitir su informe, que se practicara el emplazamiento de interesados, especialmente de los Sindicatos [REDACTED]. Verificado lo anterior, y habiéndose personado el sindicato [REDACTED] codemandado, el mismo presentó contestación a la demanda en tiempo y forma. Tras lo anterior, por el Ministerio Fiscal se emitió el correspondiente informe.

**Cuarto.-** Por Decreto dictado por la Secretaría de este Juzgado el día 26 de agosto de 2016 se fijó la cuantía del proceso en la de indeterminada; acordándose, a su vez, mediante Auto de 27 de septiembre de 2016 el recibimiento del pleito a prueba y la admisión de los medios probatorios considerados pertinentes y necesarios. Toda vez que todos ellos consistían en documental ya aportada, se otorgó a las partes un plazo de 10 días para la formulación de conclusiones escritas. Una vez transcurrió el plazo enunciado y presentados, en su caso, escrito de conclusiones por las partes, quedaron los Autos pendientes del dictado de Sentencia.

**Quinto.-** Que en el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales salvo el plazo para dictar Sentencia, dada la acumulación de asuntos en el mismo trámite originada por el volumen de entrada que soporta este Juzgado, que en la anualidad de 2014 superó en más del doble el módulo de ingreso establecido por el Consejo General del Poder Judicial para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, reiterándose la ostensible superación de aquellos en los años sucesivos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En el presente litigio se formula recurso contencioso administrativo para la Protección de Derechos Fundamentales frente a la resolución aludida en los antecedentes de hecho alegando que la misma conculca el derecho fundamental del Sindicato recurrente a la libertad sindical consagrado en el artículos 28 de la Constitución Española, así como lo

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

establecido en los artículos 31 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público (singularmente el artículo 36), toda vez que se ha procedido a la Constitución de la Mesa General de Negociación con la presencia de varios Sindicatos que no ostentan derecho alguno a integrar la misma, ya que no cumple con la condición de haber obtenido más del 10% de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa, lo que, a su vez, comporta una infra representación del sindicato acción ante en la Mesa referida. A lo anterior añade que el sindicato [ ] ni tan siquiera concurrió a las últimas elecciones sindicales. Cita la aplicabilidad de pronunciamientos contenidos en diversas resoluciones judiciales, enunciando las Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo números 1, 2 y 3 de los de Málaga en fechas 10 de diciembre de 2014, 11 de julio de 2013 y 2 de mayo de 2013, así como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 6 de marzo de 2012, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 19 de junio de 2015 (apelación 992/2014). El sindicato codemandado [ ] se opuso a la demanda por entender que la Mesa se había constituido conforme a las previsiones legales, siendo que la interpretación que propugna el Sindicato recurrente comportaría una interpretación ilógica que comportaría que pudieren quedar excluidos de la misma quienes en el ámbito respectivo gozan de representatividad, no pudiendo participar en la negociación de materias que deben instrumentarse de forma específica (citándose a tal efecto la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo números 5 de los de Málaga en el procedimiento de Derechos Fundamentales 669/2011). A lo anterior añadía que la inclusión en la Mesa del sindicato [ ] obedecía a la aplicación del artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. El Ministerio Fiscal, por su parte, consideró en su informe de 19 de julio de 2016 que la demanda debía ser parcialmente estimada en lo que se refería a la inclusión en la Mesa del Sindicato [ ] (que obedecía, a su parecer, un flagrante incumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 36), mas desestimada respecto de la inclusión de los restantes Sindicatos referidos en la demanda, al deber interpretarse las normas en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales esgrimidos, sin que, a su parecer, puedan exigirse los porcentajes de representatividad aludidos de forma acumulativa en el ámbito funcional y laboral a modo de suma, sino que debe ser concebida la previsión legal como alternativa. No obstante, dicha conclusión resulta modificada en su informe de 18 de noviembre de 2016, y ello a la luz de la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016, que interpreta el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público en el sentido de exigir, para formar parte de la Mesa General, una representatividad superior al 10% tanto en personal funcionario, en personal laboral, y no en el conjunto ni en uno solo de ellos. Consecuentemente, solicita el dictado de Sentencia que estime parcialmente el recurso en el sentido de excluir de la Mesa a los Sindicatos [ ] desestimando la solicitud de exclusión referida al Sindicato [ ]. Por su parte, formularon igualmente conclusiones la Administración demandada y el Sindicato [ ] siendo su contenido virtualmente idéntico. Sostiene, en síntesis, que el acto originariamente recurrido se ajusta plenamente a derecho a la vista de los resultados de las elecciones sindicales celebradas en el año 2015 y del artículo sexto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

**Segundo.-** Se ha de partir para el dictado de la presente que el derecho fundamental a la libertad sindical que se reputa infringido en la demanda se encuentra integrado, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (a.e. Sentencias 241/2005 de 10 de octubre o 257/2007, de 17 de diciembre, que, a su vez, citan las previas 30/1992, de 18 de marzo, 164/1993, de 18 de mayo, 1/1994, de 17 de enero, 188/1995, de 18 de diciembre, 145/1999,

Código Seguro de verificación:n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

de 22 de julio, 201/1999, de 8 de noviembre, 70/2000, de 13 de marzo, 132/2000, de 16 de mayo, 76/2001, de 26 de marzo, 175/2004, de 18 de octubre, y 60/2005, de 14 de marzo), por un núcleo mínimo, indispensable e indisponible que comprende, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos –huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos–. Mas junto con dicho núcleo mínimo e indispensable, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasan a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial, como los de representación institucional y de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones públicas (justamente los que se hallan en cuestión en el presente procedimiento), que igualmente integran el derecho fundamental, pero que son de configuración legal. Por tanto, el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son igualmente susceptibles de infringir el precitado artículo 28.

Como expresa la ya referida Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2005 (fundamento jurídico quinto), que, a su vez, alude a la doctrina contenida en la Sentencia 70/2000, de 13 de marzo, ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, es absoluto o ilimitado, no constituyendo la libertad sindical una excepción a esta regla (en este sentido, Sentencias del Tribunal 81/1983, de 10 de octubre, 94/1995, de 19 de junio, o 127/1995, de 25 de julio). Así, como recuerdan las Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, 2/1982, de 29 de enero, 91/1993, de 15 de marzo, 110/1994, de 11 de abril, 52/1995, de 23 de febrero o 37/1998, de 17 de febrero, es en ocasiones el propio precepto constitucional que consagra el derecho fundamental el que establece explícitamente los límites, mientras que, en otras, tales límites derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela. Abundando en esta idea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1999 recordaba como estos bienes o derechos constitucionales dignos de tutela han podido ser tenidos en cuenta por el propio autor de la norma legal o, en su caso, por los autores de la norma convencional para limitar el contenido de los derechos adicionales de libertad sindical, atribuidos por tales normas a los sindicatos o a sus afiliados, pues siendo éstos derechos de configuración legal o convencional, su ejercicio ha de discurrir en los términos legal o convencionalmente previstos (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1994, de 17 de enero). Precisamente por ello, la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1999 ponía de manifiesto el siguiente razonamiento “en el ámbito de las relaciones de empleo público, el reconocimiento del derecho de libertad sindical se realiza con las peculiaridades derivadas de una organización como es la Administración pública, que tiene a su cargo el cuidado del interés general, debiendo tenerse presente los fines que constitucionalmente inspiran la función pública y los principios que animan la organización de la Administración, peculiar empleador frente al que se ejercerá la actividad sindical. Y, así, hemos declarado que “el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones públicas reconocido en la Constitución (artículo 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (artículo 103.1) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo (Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1991, de 1 de julio, FJº 5)”

En esta idea igualmente insiste la Sentencia del Tribunal Constitucional 257/2007, de 17 de diciembre, al reiterar que, como sucede con los demás derechos fundamentales, el derecho

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/15
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

de libertad sindical puede verse limitado por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, y entre ellos por el mandato de eficacia en la actuación de la Administración pública, como pusieron de manifiesto las Sentencias del Tribunal Constitucional 265/2000, de 13 de noviembre, o 336/2005, de 20 de diciembre. Es por ello por lo que de la concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa puede resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la Constitución, mas para que ello se verifique, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2000, de 13 de marzo, tales sacrificios habrán de ser justificados, esto es, proporcionados, adecuados, indispensables y ponderados (tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional para otros derechos fundamentales en Sentencias tales como la 66/1995, de 8 de mayo, 55/1996, de 28 de marzo, 69/1999, de 26 de abril o 265/2000, de 13 de noviembre).

**Tercero.-** Realizada esta previa reflexión (que es trascendente, por cuanto necesariamente se supedita la existencia de infracción del derecho fundamental a la infracción del precepto que otorgaría al Sindicato recurrente el derecho a formar parte de la Mesa General de Negociación con un número de representantes superior al otorgado en el acuerdo originariamente impugnado) ha de exponerse el marco legal aplicable, para, de esta manera, constatar si tiene lugar la vulneración del derecho fundamental que la parte estima conculcado.

Pues bien, los derechos a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de las condiciones de trabajo que ostentan los empleados públicos conforme al apartado primero del artículo 31 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (que igualmente define cada uno de estos conceptos en sus apartados segundo a cuarto) se lleva a cabo y ejercita "a través de los órganos y sistemas específicos" regulados en la Ley (apartado quinto) y en todo caso con pleno respeto a la misma (apartado séptimo). En concreto y por lo que al ejercicio del derecho a la negociación colectiva refiere, se prevé expresamente (párrafo segundo del párrafo primero del artículo 33 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público) la constitución de "Mesas de Negociación", estando legitimadas para integrar las mismas tanto los representantes de la Administración Pública correspondiente, así como las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de la Comunidad Autónoma y "los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución". Como se puede apreciar, no ostentan todas las Organizaciones Sindicales un derecho incondicional a formar parte de tales Mesas, sino que tienen que concurrir una serie de presupuestos sin los que, por ser el derecho referido de configuración legal, no puede entenderse que se lesione el derecho fundamental a la libertad sindical.

La regulación legal de tales Mesas de Negociación no es, ciertamente, un dechado de claridad (circunstancia que tampoco ha remediado el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 20 de octubre, que aprobaba el Texto Refundido del Estatuto). Tanto el artículo 34 como el artículo 36 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público contemplan bajo la denominación de "Mesa General de Negociación" tres órganos de negociación colectiva que, a pesar de su coincidencia en el nombre, son diferentes y responden a un ámbito distinto. La recogida en el artículo 34 se refiere a aquella que tiene por objeto la propia de los "funcionarios públicos" (párrafo primero) con competencia acerca de la aludida negociación colectiva de las "materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/15
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

los funcionarios de su ámbito" (párrafo tercero). Estas mesas están integradas por quienes designen las partes negociadoras (apartado tercero del artículo 35) sin que ninguna de las partes que intervienen en ellas (Administración y Organizaciones Sindicales pueda contar con más de quince miembros (apartado cuarto del artículo 35). Junto con la expresada, el artículo 36 del Estatuto Básico del Empleado Público recoge otro tipo de "Mesa General de Negociación" que es la de las "Administraciones Públicas" (apartado primero del artículo 36) estando en la misma todas ellas representadas (Administración General del Estado, de la Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas y Administraciones Locales, a su vez representadas por la Federación Española de Municipios y Provincias), así como las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de las Comunidades Autónomas (distribuyéndose entre estas la representación en función de los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, en el conjunto de las Administraciones Públicas). En esta Mesa General de Negociación la misma se desarrolla en relación las materias recogidas en el artículo 37 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público que resultan susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, y, específicamente, el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que pueda corresponder incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año (apartado segundo del artículo 36).

Por último, el artículo 36.3 del Texto Refundido del Estatuto prevé un tercer tipo de "Mesa General de Negociación", distinto a las dos anteriores, en la que se ejercita "la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública", constituyéndose la misma (al igual que la contemplada en el artículo 34.1, que solo se refiere a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios) en cada una de las Entidades Locales. Para determinar su composición, el artículo 36.3 se remite a "los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas", añadiendo que han de tomarse en consideración en cada caso "los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación" y que, además de lo ya referido, tendrán igualmente presencia en ellas "las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate".

**Cuarto.-** En el presente supuesto, lo que cuestiona el Sindicato recurrente es la inclusión de la Mesa General de Negociación a la que alude el apartado tercero del artículo 36 (la última de las referidas) de representantes de otros cuatro sindicatos ( ) al entender que las mismas no tienen derecho a integrarla por cuanto no han obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados "y" Juntas de Personal; ya porque esta circunstancia tan solo se produce respecto de la Junta de Personal (y, por tanto, no en el Comité de Empresa) o ya porque no se produce en ninguno de dichos órganos (refiriendo que el sindicato ) ni tan siquiera concurrió al proceso electoral). Consecuencia de lo anterior, sostiene, y toda vez que el número de integrantes de representantes de los empleados públicos en la Mesa es limitado (15 integrantes a lo sumo) la presencia de representantes de aquellos provoca la correlativa minoración de los que corresponden a aquellos Sindicatos que deben integrarla -como el accionante-, razón por la

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

que se limitan los derechos de representación institucional y se vulnera el derecho fundamental esgrimido.

Acerca de una cuestión similar este Juzgado se pronunció en la Sentencia 31 de octubre de 2013 de este Juzgado (Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales 697/11), en la que se razonaba lo siguiente: “como se ha referido, y como de la lectura de los preceptos aplicables se deduce, las Organizaciones Sindicales no ostentan un derecho incondicional a estar presentes en las Mesas Generales de Negociación (cualquiera de las tres) sino que tiene que cumplir una serie de requisitos a nivel de representatividad. En concreto, el artículo 36.3 refiere, por lo que a los integrantes de la misma refiere en lo concerniente a las Organizaciones Sindicales, dos criterios distintos: a) los contemplados para integrar la representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, esto es, los del artículo 36.1 del Estatuto (y no 36.2 como por error parece plasmarse en la redacción literal del precepto, pues dicho párrafo no recoge criterio alguno), conforme a los resultados obtenidos por las Organizaciones Sindicales en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa, tomando en consideración los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación; pero siempre que, conforme al artículo 33.1 del Estatuto, se haya obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal; y b) ser una de las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, siempre que hubiesen obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate. Y a ello cabe añadir las determinaciones contempladas en el artículo 35 del Estatuto (que regula, de forma genérica, la “constitución y composición de las Mesas de Negociación”), esto es, las Organizaciones Sindicales legitimadas a participar en ellas deben hacerlo “en proporción a su representatividad” (artículo 35.1), siendo su composición numérica determinada por las normas de desarrollo que puedan dictarse, sin que, en ningún caso, alguna de las partes pueda superar el número de quince miembros (artículo 35.4)”. Y, a continuación, se añadía: “si bien el artículo 36.1 no establece porcentajes concretos en la obtención de representantes (tan solo alude a que han de tomarse en consideración los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal, Delegados de Personal, Juntas de Personal y Comités de Empresa) para formar parte de la Mesa General, el párrafo segundo del artículo 33.1 del Estatuto sí que establece con meridiana claridad que, a salvo de tratarse de una Organización Sindical de las más representativas a nivel estatal o autonómico (lo que ni tan siquiera se alega por la recurrente), solo pueden integrar la misma los Sindicatos que hubieran obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados “y” Juntas de Personal, lo que en este caso de forma manifiesta no concurre. Es más, la necesaria proporcionalidad que ha de guardarse en la composición de la Mesa en función de la representatividad sindical obtenida impide que el Sindicato recurrente forme parte de la misma si esta presenta un número inferior a cuarenta miembros (puesto que solo así se respetaría la misma, al detentarse el mismo tan solo uno de los cuarenta representantes elegidos, teniendo en cuenta que en esta Mesa se negocian asuntos que afectan a funcionarios y personal laboral). Toda vez que el número máximo de miembros por parte sindical en la Mesa General, conforme al artículo 35.4, es de quince, tal circunstancias resulta inviable sin lesionar con ello el derecho de otras Organizaciones de estar representadas en la misma conforme a la representatividad que han obtenido en los procesos electorales. Del examen de los dos documentos referidos se comprueba que son nueve las organizaciones sindicales que obtuvieron representación bien en la Junta de

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/15
 n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Personal, bien en el Comité de Empresa o bien en ambos. Si tan solo puede estar compuesta la representación sindical por quince miembros y uno de ellos se destina al Sindicato demandante, la consecuencia ineludible sería que varias Organizaciones que han multiplicado en varias veces el resultado del mismo en las elecciones del Comité de Empresa y que incluso han obtenido varios representantes en la Junta de Personal (a.e Sindicatos   puedan verse representados en una proporción muy inferior a la referida en la Mesa resultante, extremo este que igualmente lesionaría el mismo derecho fundamental que invoca la parte actora (pues, al ser el mismo de configuración legal, comprende el de integrar la Mesa de Negociación "en proporción a su representatividad")".

Se reiteran en esta resolución tales razonamientos, máxime cuando la Sentencia en que se realizaron fue posteriormente confirmada por la Confirmada por la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de 19 de junio de 2015 (apelación 992/14), que reiteradamente cita la parte actora. En aquella, además, se añadía, con cita de la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2013 -casación 2145/2012-, lo siguiente: "Las Mesas del artículo 36 del Estatuto Básico del Empleado Público no son Mesas de unidades electorales de funcionarios, y aunque en ellas puedan estar legitimados para participar los sindicatos «que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario... en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate» (artículo 35.3, párrafo in fine) debe hacerse una doble observación: que el requisito de legitimación establecido en el artículo 36.3 aludido no se limita en exclusiva como el recurrente da por sentado, a la obtención del 10 por 100, sino que ese requisito va precedido por el de «que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas». («Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate», dice el artículo 36 .3, párrafo final); y segundo, que en el artículo 36 no existe, como unidad electoral de referencia de las Mesas reguladas en él, una consistente en el conjunto de unidades electorales de las diferentes entidades locales existentes en el espacio territorial de la Comunidad Autónoma, como ya se ha dicho antes. Vemos como para el Alto Tribunal para formar parte de la Mesa de Negociación no sólo es necesario formar parte de la Mesa General de Negociación sino que deberá haberse obtenido el 10% de los representantes a personal. No cabe duda que exige acumulativamente ambos requisitos que no reúne el Sindicato apelante de que se trata".

**Quinto.-** La sola aplicación de tales razonamientos al supuesto ya comportaría la estimación, aun parcial, de la demanda entablada respecto de la procedencia de excluir de la Mesa al Sindicato   ya que, a la vista de los documental aportada por la codemanada   (cuyo contenido no ha sido cuestionado por el resto de partes), se constata como el mismo no alcanzó el porcentaje mínimo de representatividad exigible en ninguno de los colectivos (es decir, más del diez por ciento de representantes ni en el Comité de Empresa ni en la Junta de Personal). Y ello por cuanto el Sindicato   obtuvo en el proceso electoral desarrollado en 2015 dos representantes de los 25 existentes obtuvo en el Comité de Empresa, y ninguno de los 17 existentes en la Junta de Personal. Ello supone una representatividad del 8% en el primer órgano y ninguna en el segundo. Consecuentemente, y aplicando los razonamientos antes apuntados, la inclusión en la Mesa General de Negociación de aquel resulta improcedente.

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Estas conclusión se encuentra, además, avalada por previa jurisprudencia existente en el particular. Así, en la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2013 (casación 2145/2012, formulado frente a la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de nueve de marzo de dos mil doce, dictada en un recurso para la protección de los derechos fundamentales), tras ponerse de manifiesto (como se ha expuesto previamente) la distinción existente entre las Mesas Generales de Negociación contempladas en el Estatuto Básico del Empleado Público (la del artículo 34, referida a la negociación colectiva de los funcionarios públicos y la del 36, para la negociación las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral), se expone como no cabe pretender la defensa de un derecho de negociación colectiva, en cuanto contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical, cuando la legalidad aplicable no presta cobertura a ese pretendido derecho, pues es la legalidad vigente respecto al derecho de negociación colectiva la que determina la existencia de ese derecho, y en cuanto contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical la de éste en el caso concreto de que se trate. Por ello, al margen de esa legalidad (como en este caso, en el que la inclusión del referido Sindicato comporta ignorar manifiestamente el principio de proporcionalidad en la representación sindical) no cabe hablar de contenido adicional de la libertad sindical respecto al derecho de negociación colectiva, descartándose con ello la vulneración del artículo 28 de la Constitución Española, y, por derivación, del artículo 14 de la Constitución Española. Es de reseñar que en el supuesto de hecho estudiado por la Sentencia de la Sala Tercera la Administración (justo como aquí acontece) convocó como integrantes de la Mesa a los Sindicatos que habían obtenido un número de representantes que excediera del 10 por 100 del conjunto de los representantes elegidos, lo que, en palabras de la Sala Tercera "nada tiene de discriminatorio". Es más, en lo que respecta a la postura sostenida por el Ministerio Fiscal en dicho procedimiento (lo que igualmente es aplicable a este, e incluso a la Sentencia de la Sala de 11 de diciembre de 2015), razonaba como si bien la Jurisprudencia constitucional viene insistiendo enfáticamente en que en el ámbito del artículo 38 de la Constitución Española la legalidad ordinaria debe ser reinterpretada a la luz de los preceptos constitucionales y que las normas han de ser interpretadas del modo que sea más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (extremos estos que en buena medida sustentan el informe inicial del Ministerio Fiscal en este proceso), no los es menos que la interpretación de preceptos legales postconstitucionales y el criterio de la mayor efectividad del derecho de libertad sindical en su contenido adicional del derecho de negociación colectiva no puede justificar que se atribuya a la regulación legal de las unidades electorales de las Mesas de Negociación y de la legitimación sindical para la participación en las mismas un alcance que no se adecua a su recto sentido.

Igualmente, la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 (casación número 2163/2011, formulado frente a la Sentencia de la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2011, dictada en un recurso para la protección de los derechos fundamentales, citada por el [REDACTED] en su contestación) exponía como, conforme al artículo 33 del Estatuto Básico del Empleado Público, para la negociación colectiva de las condiciones de trabajo se constituyen Mesas de Negociación en las que están legitimadas para estar presentes las Organizaciones Sindicales más representativas tanto a nivel estatal como de la Comunidad Autónoma, así como los Sindicatos que hayan obtenido el diez por ciento más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gw3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/15
n4au32ZLk7Gw3WVytpePw==			



especifico de su constitución, añadiendo como el artículo 35.1, al regular la composición de aquellas, incide en que la legitimación de las Organizaciones Sindicales para participar en las Mesas de Negociación se ostenta en proporción a su representatividad.

**Sexto.-** No obstante, la cuestión que se suscita en la demanda respecto a los Sindicatos [ ] es diferente, pues los argumentos antes expuestos (al menos de forma exclusiva) no podrían propiciar, sin más, la exclusión que propugna la parte actora. Partiendo de los datos facilitados por el [ ]-sustentados en la documental adjunta-, el [ ] obtuvo en el proceso electoral desarrollado en 2015 dos representantes de los 25 existentes en el Comité de Empresa, y 3 de los 17 existentes en la Junta de Personal. Ello supone una representatividad de tan solo el 8% en el primer órgano, pero de un 17,65% en el segundo. Por su parte, el Sindicato [ ] obtuvo tres representantes de los 25 existentes en el Comité de Empresa y ninguno de los 17 existentes en la Junta de Personal. Ello supone, por tanto, una representatividad del 12% en el primer órgano, pero, en cambio, ninguna en el segundo. A este respecto lo que esgrime el Sindicato recurrente es que el nivel de representatividad tan aludido debe ser alcanzado en ambos ámbitos, esto es, tanto en el número de representantes obtenidos en el Comité de Empresa, como el logrado en la Junta de Personal. Mas a esta interpretación del precepto oponen los Sindicatos codemandados personados -en realidad [ ] porque [ ] solo hace alusión a la Sentencia de instancia que se confirma en aquella-, que en Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 11 de diciembre de 2015 (apelación 322/13) se contiene un razonamiento en sentido diametralmente opuesto al defendido por el recurrente. Y así es, ciertamente. En aquella se exponía (tras citar la anteriormente reseñada) que la Sala no compartía lo que consideraba como una "interpretación restrictiva" del artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, al considerar que "cuando se trata de Derechos Fundamentales la interpretación de las normas que puedan efectuarse debe hacerse en el sentido mas favorable al ejercicio efectivo del derecho fundamental implicado y no al contrario como pretende el Ayuntamiento", razón por la que se concluía que el Sindicato [ ] tenía derecho a formar parte de la Mesa General de Negociación por el hecho de haber obtenido una representatividad en el Comité de Empresa superior al 10 por ciento (en concreto el 13,04 %) a pesar de no haber obtenido ningún porcentaje en la Junta de Personal.

Sin embargo, como a continuación se procede a exponer, no es esa la tesis que entiende correcta la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a la vista de la Sentencia dictada por su Sección Cuarta el 11 de octubre de 2016, acertadamente citada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones (cuyo contenido ha motivado, por cierto, la completa discordancia entre las solicitudes contenidas, de un lado, en el informe de 19 de julio de 2016 y, de otro, en el de 18 de noviembre de 2016). Dicha Sentencia, dictada en el recurso de casación 2651/2014 (formulado frente a la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 5 de mayo de 2014, dictada en un recurso para la protección de los derechos fundamentales instado por la [ ]), resuelve de forma especialmente esclarecedora esta cuestión. En la misma se desestimó un recurso de casación formulado frente a una Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que confirmaba un acto administrativo por el que se excluía de la Mesa General de Negociación de la Administración de la Junta de Andalucía (común para el personal funcionario, estatutario y laboral) a una Federación de Sindicatos por el solo hecho de no poseer el 10% de representatividad entre el personal laboral, aun cuando sí ostentaba

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificamav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/15
 n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

este porcentaje entre los funcionarios y el personal estatutario; al entender que del tenor del artículo 36.3 se desprende que para estar presente en la Mesa General de Negociación es preciso contar con el 10% de representatividad mencionado tanto entre el funcionariado como entre el personal laboral. Y ello porque consideraba "lógico, si se van a negociar cuestiones comunes a uno y otro colectivo, que quienes vayan a hacerlo cuenten con representatividad en ambos", excluyendo, de esta forma, la posibilidad de compensar con la superior a ese porcentaje en uno de dichos ámbitos a la inferior al mismo en el otro.

Pues bien, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo asume dicho razonamiento, por entender que el mismo resulta respetuoso "con la literalidad de los artículos 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985 y 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, y no vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical en su contenido adicional del derecho a la negociación colectiva". Y a tal efecto razona en los siguientes términos: "El desarrollo del mismo" (en alusión al derecho a la negociación colectiva) "mediante la Ley Orgánica 11/1985, que relaciona la capacidad de negociación colectiva con la representatividad sindical y que vincula a determinados niveles de la misma la participación en las instancias en las que se lleva a cabo esa negociación con las Administraciones Públicas, no ha merecido reproches desde el punto de vista de su constitucionalidad. Y, en lo que ahora nos interesa, no es cuestionado por la recurrente. Lo que discute la [ ] es, únicamente, cómo se ha de calcular ese 10% de representatividad del que venimos hablando. Pues bien, puestos a interpretar estas disposiciones legales nos encontramos con que la recurrente no niega que puedan ser entendidas como la Sentencia de instancia ha considerado correcto. En realidad, lo acepta pero dice que hay otra interpretación posible, más favorable a la efectividad del derecho fundamental: la que [ ] defiende, pues le abriría el paso a esa mesa en que se negocian extremos comunes a los distintos colectivos de empleados públicos. Sin embargo, la recurrente hace supuesto de la cuestión ya que no ha demostrado que sea más favorable al ejercicio del derecho fundamental franquear el acceso a una instancia negociadora de proyección general, es decir que tratará de cuestiones relativas a funcionarios, personal estatutario y laboral, a sindicatos que no alcanzan la representatividad mínima considerada necesaria. En efecto, la regulación legal del acceso a la negociación con las Administraciones Públicas ha tratado de conjugar el criterio de favorecer la pluralidad sindical con el de la suficiente implantación de las organizaciones llamadas a esa negociación. De ese modo, busca que se tengan en cuenta con la mayor amplitud los intereses de los trabajadores que los sindicatos están llamados a expresar y defender (artículo 7 de la Constitución) y, también, que los acuerdos que se alcancen, de un lado, respondan a esos intereses y, de otro, que cuenten con el apoyo de quienes poseen una representatividad significativa. Desde estas premisas, no sólo resulta que es posible interpretar esos artículos 7.2 y 36.3 como se ha hecho por la Junta de Andalucía y ha confirmado la Sala de Granada, sino que ha de hacerse así desde la consideración del sentido de la negociación colectiva y de su conexión con la representatividad sindical. Es más, estas razones privan a la conjunción "y" del artículo 7.2 de todo sentido disyuntivo y se ven reflejadas en el artículo 36.3, que refiere claramente la exigencia de representatividad a cada uno de los ámbitos de los empleados públicos, tal como ha puesto de manifiesto la sentencia citada por el Ministerio Fiscal. Cosa distinta es, según advierte [ ] que para los sindicatos presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36.3 in fine) baste el 10% en uno solo de los colectivos mencionados. Precisión subrayada por la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 17 de abril de 2013 (casación 2145/2012) y recordada por la de instancia".

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Trasladando estos razonamientos al supuesto debatido, no puede sino estimarse la tesis propugnada en la demanda en lo relativo a la procedencia de excluir igualmente de la Mesa General a los Sindicatos [ ] ya que, a la vista de los documental antes referidda, se constata como los mismos no alcanzaron tal porcentaje mínimo de representatividad en ambos colectivos -funcionarial y laboral- (es decir, más del diez por ciento de representantes tanto en el Comité de Empresa, como en la Junta de Personal). Consecuentemente, ninguno de ellos reúne las condiciones exigidas en el artículo 63.3 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público para formar parte de la Mesa General de Negociación, al menos en los términos en los que ha sido interpretado por la referida y reciente Sentencia de 11 de octubre de 2016. Esta inclusión indebida (junto con la del Sindicato [ ] por las razones antes apuntadas) ha propiciado una distorsión de la debida proporcionalidad que debe imperar en el reparto de integrantes de la Mesa, por lo que el recurso ha de prosperar en lo que a este punto se refiere.

**Séptimo.-** No obstante, la exclusión propugnada respecto del Sindicato [ ] ha de recibir una respuesta distinta (con resultado, además, diametralmente opuesto). Ni tan siquiera el mismo cuestiona la inexistencia de representatividad alguna en el Comité de Empresa y en la Junta de Personal, ya que, de hecho, dicho Sindicato no concurrió al proceso electoral de 2015. Ello no obstante, la demandada y codemandadas sostienen que su presencia en la Mesa obedece a una razón distinta, que no es otra que ser una de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y autonómico, por aplicación de los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El primero de los preceptos citados establece cómo la “mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos” (estableciéndose las reglas a tales efectos en su apartado segundo) confiere a aquellos “una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical”. Esta “singular posición jurídica” se traduce, conforme al párrafo tercero del citado artículo sexto) en gozar de capacidad representativa “a todos los niveles territoriales y funcionales” para, entre otros extremos, “ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas” (apartado a), participar en procesos de “negociación colectiva” (apartado b), “participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación” (apartado c) o ejercer “cualquier otra función representativa que se establezca”. Por su parte, el segundo (es decir, el artículo séptimo) establece las pautas para ostentar la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma (apartado primero del mismo), y otorgar parte de las funciones referidas en el apartado tercero del artículo sexto (en concreto, las enunciadas en su epígrafes b, c, d, e y g) a aquellas organizaciones sindicales que, aun no ostentando la consideración de más representativas, hubiesen obtenido en un ámbito territorial y funcional específico el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas (apartado segundo del artículo séptimo), mas limitando, en todo caso, su actuación al correspondiente ámbito funcional y territorial.

La atribución de dichas funciones, como parte de la “singular posición jurídica” que se reconoce a aquellos, resulta plenamente compatible con la Constitución Española, como precisó la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 de julio (que resolvía varios recursos de inconstitucionalidad formulados frente a dicha Ley Orgánica), en concreto en su fundamentos sexto y siguiente. Las posibles distorsiones que suscita el reconocimiento de esta posición singular (y claramente privilegiada) a determinadas organizaciones sindicales

Código Seguro de verificación:n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/15
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

se suscitan desde la óptica de poder reconocerse una exorbitante o desmesurada capacidad representativa a organizaciones que carecen de implantación real en un determinado ámbito (en este caso, el Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella), lo que, a su vez, cuestionaría el propio derecho de libertad sindical e igualdad de trato de los restantes sindicatos. Lo cierto es que, como se apunta por el Tribunal Constitucional, lo que se persigue con esta figura no es sino la promoción del hecho sindical (lo que, a su vez, se reconoce en el artículo 7 de la Constitución) evitando una posible atomización sindical que perjudicaría la eficaz defensa de los intereses de los trabajadores. Es por ello que, tras recordar como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido en resoluciones previas (en concreto, en las Sentencias 53/1982, de 22 de julio, 65/1982, de 10 de noviembre, 4/1983, de 28 de enero, 12/1983, de 22 de febrero y 73/1984, de 27 de junio) la constitucionalidad del referido concepto y sus consecuencias; la atribución a las organizaciones sindicales más representativas de capacidad representativa «a todos los niveles territoriales y funcionales» mediante el mecanismo de la irradiación (y siempre que, en palabras del Tribunal Constitucional, no se llevase «tal interpretación al absurdo», concediendo representatividad a sindicatos carentes de implantación) no conculca, a pesar de las diferencias que se establecen entre sindicatos, los artículos 14 y 28.1 de la Constitución Española, por cuanto dicha diferencia de trato está justificada por representar estos de manera cualificada los intereses del grupo afectado.

Es desde esta perspectiva la que ha de interpretarse la previsión contenida en el artículo 33.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (al que finalmente se remite el artículo 36.3 para la constitución de las Mesas de Negociación), en virtud de la cual no solo están legitimados para integrar la Mesa General de Negociación «los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución», sino igualmente «las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de la Comunidad Autónoma». Justamente de esta condición deriva la legitimación que ostenta [ ] (cuya condición de organización sindical más representativas a nivel estatal y de la Comunidad Autónoma no parece ser discutida por la parte actora) para formar parte de la Mesa General de Negociación del Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella (obsérvese que con tan solo un miembro, para no distorsionar la adecuada proporcionalidad en función de la representatividad). Así lo ha entendido, por ejemplo, la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2014 (casación 3514/2013). Justamente por ello, la demanda no puede prosperar en lo que concierne a la inclusión en la Mesa General del sindicato [ ] por lo que la estimación de la misma tan solo puede ser parcial.

La estimación (aun parcial) de la demanda por lesionar el Acuerdo originariamente atacado un derecho del Sindicato recurrente susceptible de amparo constitucional (el artículo 28.1 de la Constitución Española) comporta la concurrencia de la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (y del artículo 47.1.a) de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Ahora bien, esta circunstancia no necesariamente comporta la nulidad de los acuerdos y decisiones adoptados por el órgano colegiado en cuestión (la Mesa General de Negociación) desde su constitución en adelante, como solicita la parte actora. Tal y como contemplaban los artículos 64.1. y 66 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (y contemplan los artículos 49.1 y 51 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), la nulidad de un acto no implica necesariamente la de los sucesivos que sean independientes del

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			



primero, debiendo conservarse los actos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción (en este caso, de la concreta composición de la Mesa). En este sentido nada ha razonado la parte actora, señalando qué concretos acuerdos o actos podrían no haber sido adoptados -o adoptado con un contenido diferente- caso de haberse constituido correctamente la representación de los empleados públicos. Es más, para ello habrá de calcularse previamente cual es el número de miembros que le corresponden a los representantes de cada uno de las organizaciones sindicales finalmente integrantes de la Mesa, para, de esta forma, constatar si con la que resultaba ajustada a derecho, el sentido de alguno de los acuerdos hubiese sido diferente. Es por ello que tal pretensión anulatoria tampoco puede prosperar.

**Octavo.-** Establece el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras su reforma por la Ley 37/2011, que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; añadiendo que en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Se consagra, por tanto, el criterio del vencimiento objetivo que ya estableció el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estimándose tan solo parcialmente la demanda, procede declarar que cada parte ha de abonar las costas costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, en aplicación de los criterios contenidos en el precepto antes aludido.

Vistos los precitados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLO

Que debiendo estimar y estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Letrado Sr. Nieto Villena, en nombre y representación de la [REDACTED] frente a la ficción desestimatoria aludida en los antecedentes de hecho de la presente resolución, debo anular y anulo la misma y el Acuerdo del que trae causa, revocándolos y dejándolos sin efecto alguno, por resultar contrarios al derecho fundamental de libertad sindical del Sindicato recurrente; y ello en cuanto acuerda la inclusión en la Mesa General de Negociación de los Sindicatos [REDACTED] debiendo procederse por la Administración a determinar una nueva composición de la misma atendiendo los resultados obtenidos por aquellos sindicatos que hubiesen obtenido el mínimo del 10% de representatividad tanto en el Comité de Empresa como en la Junta de Personal, así como a su condición de Organización Sindicale más representativas a nivel estatal y de la Comunidad Autónoma.

Se desestiman el resto de pretensiones contenidas en la demanda.

Cada parte abonará las costas costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que frente a la misma podrán interponer recurso de apelación en el plazo de quince días ante este mismo Juzgado. La interposición de dicho recurso precisará la constitución de un depósito por importe de 50 Euros el cual habrá de efectuarse en el "Cuenta de Depósitos y

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49	FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/15
			
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==			





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Consignaciones" que este Juzgado tiene abierta en la entidad bancaria BANESTO cuenta nº   debiendo acreditarse la constitución del mismo en el momento de la interposición, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la Ley orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, y ello con las exclusiones previstas en el apartado quinto de dicha norma, quedando también excluidos los que tengan concedido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, y por esta mi Sentencia, lo dispongo mando y firmo. David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga.

PUBLICACIÓN: Dada y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dicta, estando constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe

Código Seguro de verificación: n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>  
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	DAVID GOMEZ FERNANDEZ 06/02/2017 14:55:49		FECHA	06/02/2017
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==	PÁGINA	15/15
				
n4au32ZLk7Gew3WVytpePw==				