

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 776/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina  
López

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Cuarta**  
**Sentencia núm. 1121/2024**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 25 de junio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo **776/2023** interpuesto por la **UNIÓN SINDICAL OBRERA**, representada por el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección letrada de doña Estrella Zambrana Quesada, contra el Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública. Han sido partes demandadas la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la procuradora doña Isabel Casas Cañedo y bajo la dirección



letrada de don Eduardo Fernández Gómez. Con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por escrito de 27 de julio de 2023, la representación procesal de la Unión Sindical Obrera (en adelante, USO), interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública.

**SEGUNDO.-** Por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2023 la Sala tuvo por interpuesto el recurso contencioso-administrativo, requiriendo a la Administración del Estado la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

**TERCERO.-** Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la demandante por diligencia de ordenación de 22 de septiembre de 2022, para que en el plazo legal formulase demanda.

**CUARTO.-** Evacuando el traslado conferido, la representación procesal de USO formalizó la demanda por escrito de 4 de octubre de 2023 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que se declare y reconozca:

*«1.- La nulidad del Real Decreto impugnado, en los extremos objeto del presente recurso.»*



»2.-*La nulidad del inciso “más representativos a nivel estatal” del art. 3.1.e), 14º del citado Real Decreto.*

»3.- *La nulidad de la actual composición de la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública.*

»4.- *El derecho de U.S.O. a formar parte de la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública.*

»5.- *La vulneración del Principio de Libertad Sindical de U.S.O, en concordancia con el de Igualdad, ordenando se reparen las consecuencias derivadas de dicha conducta discriminatoria y contraria a la Libertad Sindical, así como el cese inmediato de este comportamiento antisindical y contrario a Derecho.»*

**QUINTO.-** Por Otrosí primero, interesó el recibimiento del recurso a prueba y propuso, a tal fin, la documental y más documental que indica en su escrito de demanda. Por Otrosí segundo, interesó el trámite de conclusiones y por Otrosí tercero, fijó la cuantía del recurso en indeterminada.

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 5 de octubre de 2023 se tuvo por formalizada la demanda y por devuelto el expediente administrativo, y se acordó dar traslado de la demanda, con entrega del expediente administrativo, al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para su contestación.

**SÉPTIMO.-** El Ministerio Fiscal, evacuó el traslado conferido por escrito de 17 de octubre de 2023 en el que, en esencia, solicitó a la Sala la estimación del recurso *«bajo la consideración de que la actual redacción del art. 3.1 del Real Decreto impugnado, en su decimocuarta entrada, no debe limitar la integración en el ámbito sindical a los sindicatos más representativos, sino abrirla también*



*a aquellos que cuenten con una “implantación nacional con suficiente implantación y representatividad aunque no sea mayoritaria».*

**OCTAVO.-** La Abogacía del Estado, en la representación que le es propia, contestó a la demanda por escrito de 18 de octubre de 2023, en el que solicitó a la Sala que desestime el recurso, con los demás pronunciamientos legales, por las razones que expone en dicha contestación.

**NOVENO.-** La representación procesal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras interesó, con suspensión del plazo para contestar a la demanda, que se completara el expediente, lo que se acordó por diligencia de ordenación de 17 de octubre de 2023 en los términos interesados.

**DÉCIMO.-** Completado el expediente, se puso de manifiesto a las partes, en el término sucesivo de cinco días, para que efectuaran las alegaciones complementarias que estimaran oportunas con el resultado que consta en las actuaciones.

**UNDÉCIMO.-** Por diligencia de ordenación de 12 de diciembre de 2023 se tuvo por contestada la demanda por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la representación procesal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y pasaron los autos al Magistrado ponente para resolver sobre el recibimiento del pleito a prueba.

**DUODÉCIMO.-** Acordado el recibimiento a prueba por auto de 19 de diciembre de 2023, fue admitida y practicada con el resultado obrante en autos.

**DÉCIMO TERCERO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones, con el resultado que consta en las actuaciones.

**DÉCIMO CUARTO.-** Conclusas las actuaciones, mediante providencia de 18 de abril de 2024 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 18 de



junio de 2024 y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. don José Luis Requero Ibáñez.

**DÉCIMO QUINTO.-** Mediante escrito firmado el 22 de mayo, la representación procesal de CCOO aportó copia de la sentencia 63/2024, de 10 de abril, del Tribunal Constitucional, por la que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta sala y Sección contra determinados preceptos de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, por posible vulneración de los artículos 14 y 28 de la Constitución.

**DÉCIMO SEXTO.-** De tal escrito se dio traslado al resto de las partes alegando lo que en autos consta.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** Finalmente, en la fecha acordada en la providencia de 18 de abril de 2024, tuvo lugar el acto de deliberación, votación y fallo de este recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- EL PLEITO.

1. Por Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, se creó la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, sin embargo, tal disposición fue declarada nula por la sentencia 1719/2019, de 12 de diciembre, de esta Sala y Sección (recurso contencioso-administrativo 194/2018), a raíz de los recursos interpuestos por UGT y CCOO. La razón fue que se prescindió de los sindicatos en el trámite de audiencia, con infracción del artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que en su redacción originaria preveía entender ese trámite con las *«organizaciones...que agrupen o representen a las personas*



*cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto».*

2. Retomada la iniciativa reglamentaria, se dicta la disposición ahora impugnada, el Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, que crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública (en adelante, la Comisión), órgano colegiado adscrito al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

3. Según el artículo 2 su finalidad es la siguiente:

*«...garantizar la coordinación de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública en relación con el fomento de la mejora del empleo estable y de calidad, la información, la accesibilidad, las prescripciones técnicas, la adjudicación o la ejecución de los contratos, entre otros aspectos, así como en la aplicación de contratos reservados en la contratación pública estatal, regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.»*

4. Las funciones que se le encomiendan están reguladas en el artículo 4.1 y, en resumen, son las siguientes:

1º Desarrollar las previsiones y seguimiento del Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable, aprobado el 12 de abril de 2019 por el acuerdo del Consejo de Ministros, al que informará sobre las actividades desarrolladas y los resultados obtenidos de conformidad con tal acuerdo.



2º Propuesta de revisión del acuerdo del Consejo de Ministros relativo a los contratos reservados previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

3º Análisis, seguimiento y evaluación de los resultados obtenidos de aplicar las cláusulas sociales en la contratación pública y al respecto elaborar propuestas y recomendaciones que podrá elevar al Consejo de Ministros, así como elaborar informes, estudios o guías de aplicación.

4º Diseñar acciones de información y formación del personal encargado de aplicar el Plan de Acción de la Estrategia Española de Discapacidad 2022-2030 y cuantos instrumentos al respecto se acuerden, más la incorporación y aplicación de criterios sociales en la contratación.

5º Cuantas otras funciones relacionadas con su ámbito de actuación le encomienden los Ministerios de Derechos Sociales y Agenda 2030, de Hacienda y Función Pública, así como de Trabajo y Economía Social.

5. En lo que ahora interesa, el artículo 3 regula la composición de esta Comisión que consta de un presidente, tres vicepresidentes y un total de 15 vocales como más abajo se detallará; de estos nos interesa el apartado 14º del artículo 3.1.e) que prevé la incorporación de un «...representante por cada una de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, según los criterios recogidos en el artículo sexto de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical».

6. Debe añadirse que el artículo 5.1 del Real decreto 667/2023 prevé bajo la rúbrica de "Participación de terceros", que en el desarrollo de sus funciones, la Comisión podrá invitar a sus reuniones, con voz pero sin voto, a expertos, interlocutores sociales, entidades y organizaciones públicas y privadas por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurran en ellos y en atención a la naturaleza de las funciones de la Comisión.



7. USO impugna el artículo 3.1.e).14º en cuanto al inciso “más representativas”, a lo que se añaden las pretensiones transcritas en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia.

## **SEGUNDO.- LA DEMANDA.**

1. Sostiene USO que no cabe la integración sólo de los sindicatos más representativos pues por razón de su finalidad y funciones, la Comisión no ejerce funciones de representación institucional. Tampoco es un órgano de negociación, sino de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que afectan a la ciudadanía, luego ajeno al ámbito de actuación que la Constitución atribuye a los sindicatos conforme a los artículos 7 y 28 de la Constitución, en concordancia con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS).

2. Por esta razón debe garantizarse el pluralismo sindical como uno de los valores que subyacen en la LOLS y debería haberse buscado una fórmula de participación más abierta, más proporcional, más equitativa y, en consecuencia, menos restrictiva y discriminatoria, máxime si se tienen en cuenta las funciones que tiene encomendadas a la Comisión. Aparte de que la restricción litigiosa otorga a los sindicatos que se consideren más representativos una posición superior al ofrecer mejores servicios a los trabajadores.

3. Como se ha dicho, se dicta tras anularse el Real Decreto 94/2018 por la sentencia 1719/2019 por la razón ya expuesta. Pues bien, respecto del trámite de audiencia que se omitió, la sentencia no decía que debió entenderse con los más representativos, sino con los interlocutores sociales. Por tanto, enterado de dicho fallo, es por lo que presentó alegaciones el 20 de enero de 2018.

4. USO goza de notoria y suficiente implantación a nivel nacional y así, la sentencia del Tribunal Constitucional 32/1990 -a propósito de la Comisión



Nacional de Elecciones Sindicales- acuñó la figura de “sindicato con una implantación nacional y una suficiente implantación y representatividad” aunque no sea mayoritaria, en referencia a USO, que había sido excluido de tal órgano colegiado sin justificación razonable.

5. Añade que, de que no considerase nulo el requisito de la mayor representatividad, su exigencia no excluye a los que no cumplan dicha condición, pues para la doctrina constitucional y la jurisprudencia, la mayor representatividad no impide que otros sindicatos puedan también disponer de esos mismos derechos, ni supone monopolio para unos sindicatos con exclusión del resto (sentencias del Tribunal Constitucional 98/1985, 57/1989, 75/1992).

6. Lo expuesto implica que el Real Decreto 667/2023 incurre en la causa de nulidad de pleno Derecho del apartado a) del artículo 47.1 y 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), a lo que añade la ausencia de motivación del requisito impugnado [artículo 35.1.a), c), i) de la misma].

7. La sentencia del Tribunal Constitucional 147/2001 recuerda que la mayor representatividad es un requisito constitucionalmente válido, pero no exclusivo ni excluyente, que no puede aplicarse de manera extensiva. Para ello debe reunir, entre otros, el requisito de la proporcionalidad para que haya correspondencia entre la conformación técnica de la representatividad y el tipo de función sindical, el nivel de ejercicio o las características de los intereses colectivos en juego, todo en consonancia con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

8. En el trámite de alegaciones complementarias a que se refiere el Antecedente de Hecho Décimo de esta sentencia, invoca la sentencia 1254/2023, de 16 de octubre (casación 1507/2022), a propósito de la impugnación de la Orden reguladora de la composición y funcionamiento del



Consejo de Desarrollo Sostenible, por no aplicar el criterio de la mayor representatividad. La sentencia declara que los recurrentes -UGT y CCOO- aun siendo más representativos, no tienen derecho a la exclusión de los que tienen una menor representatividad. Ese Consejo, como la Comisión, no tiene funciones decisorias ni se encuadra en un caso de representación institucional. Añade que no hay riesgo de atomización sindical, por ser USO un sindicato de notoria implantación.

9. En conclusiones añade que lo previsto en el artículo 5.1 del real decreto implica una posibilidad de aplicación discrecional y, en todo caso, USO no estaría en igualdad de condiciones aparte de que al invocar esa posibilidad - como hace CCOO- está reconociendo que no se está ante una materia reservada a la representación institucional. Y en cuanto a la prueba practicada, se refiere a los criterios requeridos o que se exigirán para conformar la Comisión, rechaza que pueda aplicarse el acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado, de 16 de diciembre de 2020, por responder a unos criterios ajenos a los previstos en el real decreto, ya que la Comisión no es órgano decisorio, ni ejecutivo, ni incide en los procesos de contratación.

### **TERCERO.- OPOSICIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO.**

1. Comienza advirtiendo la Abogacía del Estado lo confuso del Suplico de la demanda (cfr. Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia). No se explica la relación entre las pretensiones 1 y 2, se pregunta si la 2 es subsidiaria de la 1 o es su concreción. Además la 4, solo sería posible en caso de no prosperar la 1, pero implica una petición que claramente excede del reconocimiento de la situación jurídica individualizada ex artículo 31 de la LJCA y no se entiende muy bien a qué se refiere la pretensión.

2. Respecto de las vicisitudes del trámite de audiencia, aparte de que se ha seguido lo previsto en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no producen ningún efecto invalidante en cuanto al fondo, que



no fue abordado por la sentencia 1719/2019, es más, la deslindó de la infracción allí enjuiciada.

3. En el caso de autos, para determinar si en la Comisión los sindicatos realizan la función típica de participación institucional, de representación de los intereses de los trabajadores, hay que estar a los fines y a las funciones, que son de participación y representación institucional puesto que, a través de los más representativos, los sindicatos representan los intereses generales de los trabajadores en el ámbito de la Administración Pública.

4. En este caso, la mayor representatividad es una medida proporcionada pues no restringe el núcleo esencial de la libertad sindical; tampoco entorpece el libre funcionamiento de los sindicatos, sometiéndolos a trabas o controles. Son las organizaciones sindicales más representativas las adecuadas para desarrollar las funciones que relaciona el artículo 4.

5. Por otra parte, se ha limitado el número de participantes en la Comisión para garantizar su operatividad y eficacia, lo que pasa por atribuir la participación a las organizaciones sindicales más representativas.

6. Las funciones de la Comisión no son equiparables a las de otros órganos a los que se refieren las sentencias invocadas por USO. Es el caso del Consejo de Responsabilidad Social de las Empresas (cfr. sentencia de 16 de junio de 2010, contencioso-administrativo 20/2008), o del Fondo de Reserva de la Seguridad Social por tratarse de una discrepancia entre la ley y el reglamento de desarrollo, para lo que cita de nuevo la sentencia de 18 de mayo de 2016, si bien entendemos que debe referirse a la sentencia de 18 de mayo de 2006 (recurso contencioso-administrativo 42/2004). Y respecto del Consejo de Desarrollo Sostenible, se partía de una premisa que no es del caso, en concreto que sus funciones excedían del ámbito de representación institucional de los sindicatos.



#### CUARTO.- OPOSICIÓN DE COMISIONES OBRERAS.

1. Entiende que la pretensión de USO sólo cabe referirla a la nulidad del artículo 3.1.e).14º pues respecto del punto 4 del Suplico de la demanda, consistente en que se declare a USO el derecho a formar parte de la composición de la Comisión, no consta que USO haya exigido su inclusión, ni ataca acto o resolución denegatoria, luego es ajeno al real decreto.

2. Con carácter previo hace una serie de consideraciones sobre el alto nivel de representatividad e implantación que USO invoca y su acreditación a efectos de los artículos 6 y 7 de la LOLS; también se refiere a la confusa exposición que hace la demanda en cuanto al trámite de alegaciones, lo que lleva a cuestiones de legalidad ordinaria, aparte de que no sería una irregularidad determinante y, en su caso, afectaría a todo el real decreto.

3. Ya en cuanto al artículo 3.1.e).14º impugnado, parte de la premisa de que la Comisión sí es una instancia de representación y de participación institucional y que se haya entendido con USO el trámite de alegaciones -como con UGT, CCOO y CSIF- no significa que tenga la consideración de más representativo, pues la sentencia 1719/2019 de este Tribunal expresamente deslindó ambos aspectos y ese trámite se entendió con las organizaciones sindicales. La razón fue que los fines y funciones que desarrolla afectan a los trabajadores que representan sin condicionar el criterio de la mayor representatividad, ni esa heterogeneidad condiciona los derechos e intereses cuya tutela se encomienda por la Constitución a los sindicatos.

4. La demanda debe desestimarse, pero si se entendiera que la Comisión no es un órgano de representación institucional, el Tribunal Constitucional ha reiterado que no es contrario a los artículos 14 y 28.1 de la Constitución un trato distinto entre organizaciones sindicales si responde a una razón objetiva e imparcial, como es la representatividad, de forma que los sindicatos más desfavorecidos no están impedidos para desarrollar su actividad, ni se les impide el acceso a la condición de mayoritarios.



5. USO sostiene la repercusión de excluirle de la Comisión, pues obstaculiza la defensa y promoción de los intereses que defiende, lo que no concreta, ni especifica, ni razona cómo se lo impide, aparte de que el artículo 5 del real decreto permite que a las reuniones de la Comisión se puede incorporar con voz, pero sin voto. Tampoco se razona en qué medida los sindicatos que se integran van a tener una posición de preponderancia.

6. La Comisión no es órgano decisorio ni de negociación o de acción sindical, ni de control de la Administración, tampoco ejerce funciones propias de la acción sindical, pues su actividad es ajena a la misma: estudia, analiza, evalúa y hace seguimiento de los criterios sociales de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y que afectan al conjunto de los trabajadores, sin incidir en las facultades y derechos de los sindicatos que no se integren, de ahí la inaplicabilidad de lo declarado en las sentencias del Tribunal Constitucional 32/1990 y de esta Sala de 16 de Junio de 2010 antes citada. Tampoco define ni concreta los fines y objetivos que debe fomentar la contratación pública, ni participa en los procedimientos de contratación.

7. USO plantea integrarse en la Comisión como sindicato con notoria o suficiente implantación, categoría no prevista en el ordenamiento jurídico y que acuñó la sentencia 32/1990 del Tribunal Constitucional en un momento en que USO tenía una representatividad que se ha ido reduciendo; además se refería a la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales, que no realiza una función de participación institucional.

8. Finalmente alega que las funciones de la Comisión trascienden el ámbito y la capacidad de actuación de USO, que limita su presencia y representatividad a empresas o sectores concretos, no a todo el territorio nacional, al mercado de trabajo en su conjunto, a la totalidad de los sectores de actividad, a las bases económicas del Estado y al tejido productivo del conjunto de la nación.



9. En conclusiones alega que USO no ha probado un nivel de representatividad capaz exigible ex artículos 6.1 y 7.2 de la LOLS; además no cabe estar a la sentencia 1254/2023 que invoca USO por estar recurrida en amparo y no ha probado en qué medida no integrarse en la Comisión le perjudica como organización sindical. Respecto de la prueba practicada, el oficio de 1 de febrero de 2024, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, no ampara las pretensiones de USO al no haberse constituido la Comisión, oficio que no tiene más valor que una particular interpretación del artículo impugnado y anticipar qué sindicatos, a su juicio, se integrarán en la Comisión, sin ajustarse al artículo 3.1.e).14º impugnado, lo que llevaría a CCOO a impugnar el acto que se dicte.

#### **QUINTO.- ALEGACIONES DEL MINISTERIO FISCAL.**

1. Como el resto de las partes, el Ministerio Fiscal expone las reglas generales sobre el criterio de la mayor representatividad y respecto de la Comisión advierte que la justificación de la mayor representatividad no está en la normativa sobre contratos públicos, por lo que hay que indagar en la naturaleza del órgano, sus fines y actividad. De esta manera, advierte que la Comisión actúa dentro de la Administración, sólo la vocalía sindical queda fuera de la misma y todas las vocalías, menos la litigiosa, son unipersonales.

2. En cuanto a sus fines y funciones, se centra en la inclusión de los “criterios sociales” en la contratación pública lo que, por su amplitud, afecta a una realidad que va más allá del ámbito de actuación de los sindicatos y de la defensa de los trabajadores y así, el real decreto trae a la Comisión una auténtica panoplia de ramas especializadas del Ejecutivo, aunque se prevean aspectos como la lucha contra el desempleo o el fomento de las mejores condiciones del empleo, sin que se den funciones ejecutivas ni de negociación.

3. La composición de la Comisión muestra una “inflación” de miembros, lo que obedece al carácter plural, amplio y multidisciplinar del concepto de “cuestiones sociales”; además, el criterio de la mayor representatividad del



apartado impugnado puede justificarse por la necesidad de evitar la atomización sindical, lo que actúa como límite, si bien implica una realidad plural a la que, *per se*, está abocado. En todo caso, si la razón de ser de la Comisión es recopilar múltiples conocimientos y sensibilidades, romper la limitación de los sindicatos más representativos más que lastrar, suma.

4. Se plantea si el criterio de la mayor representatividad es desproporcionado respecto de los sindicatos no protegidos, pues implica para ellos la obvia pérdida de posibilidades de acción. En este sentido la jurisprudencia ha entendido que no es proporcional la regla de la mayor representatividad si causa un perjuicio competitivo entre los sindicatos, lo que compromete los artículos 14 y 28 de la Constitución y así se ha apreciado en el otorgamiento de subvenciones o la ordenación de las elecciones sindicales.

5. Por tanto, según el preámbulo, la Comisión se crea para aportar sensibilidades y experiencias en una materia tan compleja y heterogénea como es la “cuestión social” en la contratación pública, lo que va más allá de lo sindical y aunque el articulado se centre en aspectos como el desempleo y la mejora de la situación laboral, está claro que el espectro de la Comisión no es exclusivamente laboral, por su composición y por actuar en ámbitos tan genéricos como la Mujer, la Discapacidad o el Tercer Sector.

6. En consecuencia, debe estimarse la demanda por razón de la finalidad del real decreto, porque no debe interpretarse de forma expansiva el concepto de mayor representatividad y porque, en definitiva, es más acorde, razonable y objetivo con el criterio de la proporcionalidad incorporar a sindicatos con implantación nacional y suficiente representatividad, aunque no sean mayoritarios ex artículo 6 de la LOLS.

#### **SEXTO.- JUICIO DE LA SALA.**

1. En este pleito no se enjuicia el Real Decreto 667/2023 en su totalidad, sino sólo el artículo 3.1.e).14º referido a la regla de la mayor representatividad en la



participación institucional de los sindicatos, en relación con la naturaleza, fines y funciones de la Comisión. Por tanto, si atendemos al Suplico de la demanda (cfr. Antecedente de Hecho Cuarto), esta sentencia se ciñe a la pretensión del punto 2 y se rechazan los restantes por estas razones:

1º Los puntos 3 y 4 porque no se juzga la mayor representatividad de USO a nivel nacional, luego si debe integrarse en una Comisión que no se ha constituido, como tampoco se ha determinado qué sindicatos la integrarían, lo que se hará mediante una futura resolución.

2º No se sabe qué pretende la demanda con el extenso y a veces confuso relato del trámite de alegaciones, es más, no se plantea siquiera la infracción del procedimiento de elaboración del real decreto, lo que daría sentido al punto 1 del Suplico, por lo que se rechaza.

3º En fin, el punto 5 es un enigma pues lo que se impugna es un concreto precepto del real decreto, no una actuación material antisindical que deba cesar.

2. Centrados en la pretensión del punto 2 del Suplico, las partes y el Ministerio Fiscal exponen la copiosa doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala aplicable a la cuestión litigiosa. Ese conocimiento nos exime de glosar la interpretación del artículo 28.1 de la Constitución, en cuanto a su núcleo esencial, en relación con el derecho a la participación o representación institucional como derecho de creación legal, que implica un contenido adicional incorporado a ese núcleo esencial. Tampoco se juzga necesario recordar a base de citas jurisprudenciales cómo el criterio de la mayor representatividad, aplicable a la participación institucional, puede limitar el ejercicio de ese derecho, límite constitucionalmente válido al basarse en algo tan objetivo como los resultados electorales y siempre que ese trato distinto responda a razones o criterios objetivos, proporcionales, adecuados y razonables.

3. En esa línea, la doctrina constitucional y la jurisprudencia señalan que la validez discriminatoria del criterio de la mayor representatividad debe apreciarse caso a caso. En el de autos no se cuestiona el carácter institucional del órgano de integración al tratarse de una comisión interministerial; también hay que indagar si sus fines son, o no, ajenos a las propias de los sindicatos, si su actividad se identifica con la defensa colectiva e individual de los intereses de los trabajadores y, en fin, cuáles sean sus funciones.

4. Yendo al caso, partimos de que la creación de la Comisión no está prevista en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y su fin es velar para que los llamados “criterios sociales” estén presentes en la contratación del sector público estatal y para ello coordina a los poderes adjudicadores estatales. Estos “criterios sociales” son variados: el fomento de la mejora del empleo estable, de calidad y la lucha contra el desempleo; la accesibilidad universal e inserción laboral de discapaces; la lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social; el acceso a la contratación por parte de empresas de economía social, la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la inclusión de colectivos en riesgo de vulnerabilidad o exclusión social, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y todo ello, para insertarlo en las prescripciones técnicas, en la adjudicación o en la ejecución de los contratos, “entre otros aspectos”.

5. Esa variedad de “criterios sociales” se refleja en la numerosa composición de la Comisión. Del artículo 3.1 del real decreto -salvo fallo de cálculo- deducimos que contará con, al menos, 42 miembros: un presidente y tres vicepresidentes [artículo 3.1.a), b), c) y d)]; más 13 miembros que denominamos “individuales” [artículo 3.1.e) 2º a 13º y 15º], a lo que se añade un representante por cada ministerio [artículo 3.1.e).1º], que en la actualidad son 22 y, en fin, un «representante por cada una de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal» [artículo 3.1.e) 14º] que es lo impugnado. Más un secretario con voz, pero sin voto.



6. En cuanto a la procedencia de los miembros, ya hemos dicho que hay un miembro por Ministerio, aunque hay departamentos que se integran con más de uno como son los Ministerios de Hacienda y Función Pública; el de Trabajo y Economía Social; el de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y, en fin el de Industria, Comercio y Turismo, a lo que se añade la mayor representación del departamento promotor, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, que ejerce competencias horizontales. A estos se añade un miembro por cada uno de los siguientes organismos: del Consejo Nacional de Discapacidad, del Instituto de las Mujeres, de la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector, del Consejo Económico y Social, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Y los sindicatos más representativos.

7. A los efectos del artículo 6.3.a) de la LOLS, la Comisión es un órgano colegiado de la Administración General del Estado de los previstos en el artículo 21.1.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015). Ejerce las funciones relacionadas en el artículo 4 que hemos resumido en el Fundamento de Derecho Primero.4, de las que se deduce que no es un órgano ejecutivo ni de negociación -esto no se discute-, tampoco es un foro de debate, sino que como comisión interministerial es un órgano de trabajo que ejerce funciones de estudio, seguimiento, propuesta, análisis, recomendación, diseño de acciones informativas y formativas y elaboración de informes o guías.

8. Como órgano colegiado en forma de comisión interministerial, el artículo 21.3 de la Ley 40/2015 prevé que se integren en tales órganos colegiados las organizaciones representativas de intereses sociales. Debe resaltarse que el Real Decreto 94/2018, predecesor del Real Decreto 667/2023, no consideró pertinente integrar a representantes sindicales, lo que remarca la idea de que se concebía como un órgano exclusivamente de trabajo interdepartamental; eso sí, su artículo 5.1 -como hace su equivalente del Real Decreto 667/2023- preveía "invitar", con voz pero sin voto, a "terceros", esto es, invitar entre otros y como expertos a interlocutores sociales. En su primera regulación, esa



posibilidad abría las puertas de la Comisión a los sindicatos. Declarada la nulidad del Real Decreto 94/2088 es cuando se da el paso de integrar a los sindicatos y, de estos, los más representativos.

9. Deducimos de lo expuesto que una cosa es que en estos órganos colegiados se incorporen “organizaciones representativas de intereses sociales” (artículo 21.3 de la Ley 40/2015), y otra cosa es que sea necesariamente un órgano de representación institucional. La Comisión, por ser interministerial, es un órgano de trabajo y, como hemos dicho, tras anularse el Real Decreto 94/2018 en el ahora litigioso los sindicatos ya no son terceros invitados ex artículo 5.1, sino que tienen sillón propio, lo que no altera la naturaleza de la Comisión. Ahora bien, no deja de ser relevante que en su primera regulación todos fuesen esos terceros y que como tales se les pudiese invitar como expertos; ahora tal condición se deja para que sindicatos como USO puedan ser invitados a la Comisión.

10. Añádase que la Comisión es un órgano cuyo objeto directo va más allá de «*la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales*» de los trabajadores, que es el ámbito de actuación de los sindicatos ex artículo 7 de la Constitución. Ese aspecto es relevante en el real decreto, pero es uno entre las variadas materias que integran los “criterios sociales” que deben incorporarse a la contratación pública y así lo evidencia que la Comisión la formen, no los ministerios más concernidos por razón de una materia bien definida, sino todos los ministerios y que, además, la iniciativa de crear la Comisión provenga de un departamento con competencias horizontales, a lo que se unen las funciones que realiza. Por tanto, una cosa es que se haya incorporado a los sindicatos a la Comisión y otra cosa que tenga por objeto el ámbito de actuación propio de los sindicatos.

11. En fin, a lo dicho añadimos que la Comisión será un órgano de trabajo en el que participen institucionalmente los sindicatos, pero no por eso es un órgano de representación sindical, lo que permitiría restringir la representación institucional a los sindicatos más representativos. En este sentido, no se



sostiene que una de las razones que justifican el criterio discriminador de la mayor representatividad sea evitar la atomización en participación de los sindicatos. Si con ello se quiere evitar la ineficacia del órgano, tal peligro vendría más bien causado por el elevado número de integrantes, por eso no acaba de entenderse que la Abogacía del Estado alegue que se ha limitado el número de integrantes para garantizar la operatividad de la Comisión cuando, lejos de limitarse respecto del Real Decreto 94/2018, se aumenta.

12. En consecuencia, se estima la demanda y se declara la nulidad del inciso “más representativas a nivel estatal” del artículo 3.1.e).14º del Real Decreto 667/2023, desestimando la demanda en todo lo demás.

#### **SÉPTIMO.- COSTAS Y PUBLICACIÓN.**

1. De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA no se hace imposición de costas a los demandados pues se estima la demanda en parte, a lo que se añade que, en todo caso, el pleito presenta razonables dudas de Derecho.

2. De conformidad con el artículo 72.2 de la LJCA, se ordena la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado

### **F A L L O**

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

**PRIMERO.-** Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la **UNIÓN SINDICAL OBRERA** contra el Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública, debemos declarar y declaramos que es



contrario a Derecho, y declaramos nulo, el inciso “más representativas a nivel estatal” del artículo 3.1.e).14º, desestimando la demanda en todo lo demás.

**SEGUNDO.-** No se hace imposición de las costas.

**TERCERO.-** De conformidad con el artículo 72.2 de la LJCA, se ordena la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

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

Así se acuerda y firma.

