

*Eva Silván Delgado*  
*NOT. 16-10-17*

RECURSO CASACION núm.: 2247/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver  
Sánchez

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Cuarta**  
**Sentencia núm. 1536/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 10 de octubre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2247/2016, sobre derechos fundamentales, interpuesto, de una parte, por la Administración, representada y asistida por el Abogado del Estado, de otra, por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), representada por la procuradora doña Isabel Cañedo Vega y asistida por la letrada doña Eva Silván Delgado y, de otra, por la Unión General de Trabajadores (UGT), representada por la procuradora doña María Granizo Palomeque y asistida por el letrado don Manuel de la Rocha Rubí, contra la sentencia dictada el 20 de abril de 2016 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso n.º 14/2014, sobre Orden ESS/1954/2014, de 21 de octubre, por la que se desarrolla y

*3*  
*2017/10*

convoca el proceso selectivo para la designación de vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, en representación de asociaciones de inmigrantes y refugiados y de organizaciones sociales de apoyo.

Se ha personado como recurrida, la Unión Sindical Obrera (USO), representada por el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro y asistida por la letrada doña Laura Sánchez Vázquez.

Ha comparecido el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso n.º 14/2014, seguido en la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el 20 de abril de 2016 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

1º ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales núm. 14/2014, interpuesto por el Procurador don Anibal Bordallo Huidobro, en representación de Unión Sindical Obrera (USO), contra la Orden ESS/1954/2014, de 21 de octubre, por la que se desarrolla y convoca el proceso selectivo para la designación de vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, en representación de asociaciones de inmigrantes y refugiados y de organizaciones sociales de apoyo.

2º ANULAMOS los arts. 2.2.a) y 7.5.a) de la Orden impugnada en cuanto exigen la condición de sindicato más representativo, por contrario a los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la igualdad --arts. 28.1 y 14 CE--.

3º DESESTIMAR el recurso en todo lo demás, sin imposición de costas a ninguna de las partes».

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia prepararon recurso de casación, de una parte, UGT, de otra, CCOO, y, de otra, la Administración, que la Sala de la Audiencia Nacional tuvo por preparados por diligencia de ordenación de 29 de junio de 2016, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Por escrito de 26 de julio de 2016 el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, interpuso el recurso anunciado que articuló en un único motivo formulado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, por vulneración de los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, en relación con los artículos 8.5 y 9.2 del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, que regulan la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

Y solicitó a la Sala que

«acuerde casar la citada sentencia y dicte otra por la que acuerde la conformidad a Derecho del acto impugnado en la instancia».

Por su parte, la procuradora doña Isabel Cañedo Vega, en representación de CCOO, formalizó el suyo por escrito de la misma fecha y que articuló en los siguientes motivos:

«PRIMERO.- Se interpone fundado en el motivo d) del artículo 88.1 LJC, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

La sentencia infringe los artículos 14 y 28.1 de la Constitución Española, el artículo 6.3.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical y el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, reformado por el apartado 73 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en vigor desde el día 13 de diciembre de 2009. Así mismo infringe la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical y su atribución a determinados sindicatos sin que ello afecte al derecho a la igualdad de trato entre sindicatos y al derecho de libertad sindical de aquellos a los que no se otorga dicho contenido adicional, por todas la sentencia 39/1986, de 31 de marzo.

[...]

SEGUNDO.- Se interpone fundado en el motivo d) del artículo 88.1 LJC, por infracción de normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La sentencia recurrida infringe el artículo 9.3 de la Constitución Española que garantiza el principio de legalidad y el de jerarquía normativa así como el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[...]

TERCERO.- Se interpone fundado en el motivo d) del artículo 88.1 LJC, por infracción de normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La sentencia recurrida ha infringido el artículo 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

[...]».

Y suplicó a la Sala que

«[...] se dicte sentencia por la que con estimación del recurso interpuesto, se case y anule la sentencia recurrida, y se declaren ajustados a derecho los arts. 2.2.a) y 7.5.a) de la Orden ESS/1954/2014, de 21 de octubre, por la que se desarrolla y convoca el proceso selectivo para la designación de vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, en representación de asociaciones de inmigrantes y refugiados y de organizaciones sociales de apoyo».

Y la procuradora doña María Granizo Palomeque, en representación de la UGT, formalizó su recurso mediante escrito de 8 de agosto de 2016 y al amparo de los siguientes motivos:

«PRIMERO.- Con fundamento en el artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, en concreto por vulneración de los principios constitucionales de legalidad y jerarquía normativa, garantizados en el art. 9.3 CE, y recogidos en el art. 3.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[...]

SEGUNDO.- Con fundamento en el artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, en concreto por vulneración de los arts. 28.1 y 14 de la Constitución Española y del art. 6.1 y 6.3.a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y la jurisprudencia constitucional que los desarrolla, así como del art. 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de extranjería.

[...]».

Y pidió a la Sala que

«[...] previos los trámites preceptivos, dicte Sentencia, por la que, estimando los motivos de casación formulados, case la sentencia recurrida y la anule declarando ajustados a Derecho los artículos 2.2.a) y 7.5.a) de la Orden ESS/1954/2014, de 21 de octubre, por la que se desarrolla y convoca el proceso selectivo para la designación de vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, en representación de asociaciones de inmigrantes y refugiados y de organizaciones sociales de apoyo».

**CUARTO.-** Admitidos a trámite los recursos, se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos y, recibidas, por diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2016, se dio traslado de los escritos de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran escrito de oposición.

**QUINTO.-** Evacuando el traslado conferido, el Fiscal considera que procede estimar los tres recursos de casación, en los términos expuestos en su escrito 9 de febrero de 2017.

Por su parte, el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, solicitó a la Sala la desestimación de los recursos presentados por el Abogado del Estado y por CCOO y que se confirme íntegramente la sentencia recurrida con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho y anule, dijo, los artículos 8.5 y 9.2 del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero.

Respecto al recurso interpuesto por UGT, el representante procesal de USO suplicó a la Sala que

«de modo subsidiario, para el caso de considerarse que la resolución del presente debate exige la previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 LOEX, se proceda a acordar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitada, dando a las actuaciones el trámite legal pertinente».

Y el Abogado del Estado, en virtud del traslado conferido, formuló escrito de oposición conjunto, interesando sentencia por la que se desestimen los recursos, manteniendo la sentencia dictada, y que se impongan las costas a las recurrentes.

**SEXTO.-** Mediante providencia de 26 de abril de 2017 se señaló para la votación y fallo el 20 de junio de 2017 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

**SÉPTIMO.-** Con suspensión del plazo para dictar sentencia, y conforme a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por providencia de 29 de junio de 2017 se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción que le dio la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y, en

particular, sobre la exigencia de que la composición del Foro Social de los inmigrantes incluya las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Trámite evacuado por escritos de 7, 12, 13, 14 y 18 de julio de 2017, incorporados a los autos.

**OCTAVO.-** En fecha 26 de septiembre de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 4 de octubre siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- El planteamiento del litigio.**

La Unión Sindical Obrera (USO) interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra la Orden ESS/1954/2014, de 21 de octubre, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 27, por la que se desarrolla y convoca el proceso selectivo para la designación de los vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en representación de asociaciones de inmigrantes y refugiados y de organizaciones sociales de apoyo.

En particular impugnó sus artículos 2.2. a) que para participar en dicho proceso exige a las organizaciones sindicales “tener la condición de más representativas” y 7.5. a) que establece como criterio de valoración el siguiente:

«5. En el caso de las organizaciones sindicales y de las organizaciones empresariales se valorará:

a) La condición de más representativas. Máximo 40 puntos».

En su demanda USO sostuvo que dichos requisito y criterio vulneran el principio de libertad sindical en relación con el de igualdad (artículos 28.1 y 14 de la Constitución) en la medida en que las funciones del Foro no están relacionadas con los cometidos de participación institucional que el legislador reserva a los sindicatos más representativos sino que conciernen e interesan a todos. Y, también, mantuvo que esas previsiones carecen de motivación y que lesionan su derecho a la tutela judicial efectiva por desconocer cuanto ya habían resuelto la Sala de instancia y el Tribunal Supremo al respecto. En fin, reclamaba la afirmación de su derecho a participar en dicho Foro.

USO fue consciente de que las previsiones de la Orden que considera contrarias a sus derechos fundamentales traen causa de lo dispuesto por el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tal como fue redactado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y de los artículos 4.3, 8.5 y 9.2 del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. De ahí que considerase necesario que la Sala planteara cuestión de inconstitucionalidad respecto del precepto legal y que entendiera que su recurso impugnaba indirectamente los preceptos reglamentarios.

El mencionado artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción vigente, dice:

«1. El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, constituido de forma tripartita y equilibrada, por representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes».

Por su parte, el artículo 4 del Real Decreto 3/2006 establece a propósito de la composición del Foro:

«Artículo 4. Composición.

El Foro para la integración social de los inmigrantes estará constituido por los siguientes miembros: el presidente, dos vicepresidentes designados entre los vocales, un secretario y 30 vocales, distribuidos de la siguiente forma:

1. Diez en representación de las Administraciones públicas.
2. Diez en representación de los inmigrantes y refugiados, a través de sus asociaciones legalmente constituidas.
3. Diez en representación de las organizaciones sociales de apoyo, entre ellas las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con interés e implantación en el ámbito inmigratorio».

Su artículo 8.5 reitera que dos de los diez vocales que integran el Foro en representación de las organizaciones sociales de apoyo lo son en representación de las organizaciones sindicales más representativas. Y su artículo 9.2 precisa que dichas organizaciones sindicales más representativas han de tener interés e implantación en el ámbito inmigratorio y que sus representantes serán designados conforme a lo previsto en su apartado 1, una vez realizado el proceso de selección que contempla.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en contra del criterio del Abogado del Estado, de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT), acogió en parte las pretensiones de la recurrente y anuló los apartados 2.2.a) y 7.5.a) de la Orden impugnada en tanto exigen la condición de sindicato más representativo.

**SEGUNDO.- La sentencia de instancia.**

La Sala de la Audiencia Nacional aborda directamente la que llama cuestión sustantiva, esto es, “si la exigencia de mayor representatividad lesiona o no los derechos fundamentales esgrimidos” para afrontar después las consecuencias de su respuesta que ya anticipa que será afirmativa. Explica que el problema lo había resuelto materialmente en su sentencia de 13 de julio de 2011 (recurso n.º 227/2009), la cual fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (casación 4953/2009). Recuerda que se destacó entonces que las funciones atribuidas al Foro por el artículo 3 del Real Decreto 3/2006 no tienen carácter ejecutivo ni de negociación. Se limitan a la orientación, asesoramiento y participación. Por eso, consideró que limitar a las organizaciones sindicales más representativas el acceso a él era contrario a la libertad sindical y suponía una discriminación injustificada.

La sentencia explica también que la Sala de instancia es consciente de que aquél pronunciamiento suyo anterior versaba sobre un supuesto producido bajo unas previsiones legales diferentes a las que rigen en este caso. En particular, la actuación administrativa enjuiciada entonces tuvo lugar cuando la Ley Orgánica 4/2000 no reducía a las organizaciones sindicales más representativas la presencia en el Foro sino que se refería a las que tuvieran interés e implantación en el ámbito de la inmigración. Por eso, pudo decirse entonces que el uso del margen disponible para el desarrollo reglamentario se había hecho lesionando la libertad sindical.

A la vista del tenor actual de ese precepto, la sentencia de instancia se pregunta si “resulta forzoso o no el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad” sobre el actual artículo 70.1 por su posible vulneración de los artículos 28.1 y 14 de la Constitución. La conclusión a la que llega la Audiencia Nacional es negativa. Dice que la estimación del recurso no exige estrictamente la previa declaración de la inconstitucionalidad de dicho artículo ya que cabe su interpretación *secundum constitutione*. Y es que, prosigue la sentencia, la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical y del principio de igualdad no resulta tanto de él, en sí mismo considerado, cuanto de la opción reglamentaria que lo ha desarrollado, que es en la que se ancla la Orden impugnada. Es la configuración reglamentaria del Foro para la

Integración Social de los Inmigrantes --en concreto, de sus funciones--, sigue diciendo, la que hace inadmisibile, a la vista de las exigencias impuestas por la doctrina constitucional para que sea constitucionalmente legítima, la utilización del criterio de la mayor representatividad en un ámbito que interesa o afecta a todos los sindicatos con independencia de su audiencia.

Advierte, en efecto, la sentencia, que la inclusión por el artículo 70.1 de la Ley 4/2000 de las organizaciones sindicales más representativas con interés e implantación en el ámbito migratorio no excluye, por sí sola, que participen también las que no poseen esa condición. Así, dice:

«Es cierto que cabe interpretar el art. 70.1 LOEX en el sentido de que si entre las “otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio” se hallasen sindicatos, estos deberían ser los “más representativos”, con exclusión del resto de ellos. Pero también lo es que caben al menos dos interpretaciones constitucionalmente aceptables: i) que los sindicatos que no sean más representativos puedan participar en el proceso selectivo de vocales haciendo valer su “interés e implantación en el ámbito migratorio” como otra organización más; y, ii) que la mención de los sindicatos más representativos entre (“incluyendo entre ellas”) las organizaciones sociales con interés e implantación en el ámbito migratorio no conlleve que los sindicatos más representativos hayan de estar forzosamente representados en el Foro, sino que su incorporación a él sería contingente y dependiente de que existiera conexión entre las funciones del Foro y las funciones institucionales propias de la condición de sindicato más representativo».

Resuelta la cuestión sustantiva, en el sentido de que el precepto legal no impide la presencia de representantes de sindicatos distintos de los más representativos, la sentencia rechaza el reproche vinculado a la alegada falta de motivación ya que, dice, la exigencia del artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se predica de los actos y resoluciones, no de los reglamentos. Tampoco ve lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de USO porque el marco legal en el que se dictó la Orden recurrida es distinto del considerado por las anteriores sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional y de esta Sala Tercera. Y no declara el derecho de la recurrente a integrarse en el Foro porque “lo pretendido se basa en la

nulidad del criterio de selección, lo que implica que, firme esta sentencia, es cuando deberá la Administración acomodar la presencia de las organizaciones sindicales a lo establecido” en la Ley Orgánica según la entiende la Audiencia Nacional.

### **TERCERO.- El motivo de casación del Abogado del Estado.**

Ya hemos visto en los antecedentes cuáles son los preceptos constitucionales y reglamentarios que considera infringidos por la sentencia de instancia y su escrito de interposición --que invoca el artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción-- recoge en el enunciado del único motivo que contiene: los artículos 14 y 28.1 de la Constitución en relación con los artículos 8.5 y 9.2 del Real Decreto 3/2006.

En el escueto desarrollo de su posición, el Abogado del Estado se limita a añadir que esa infracción se produce por aplicarlos indebidamente en relación con el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 2/2009. A su parecer, la sentencia interpreta incorrectamente este precepto y, por eso, llega a la conclusión de que no ampara las normas reglamentarias impugnadas por USO.

### **CUARTO.- Los motivos de casación de CCOO y de UGT.**

Según hemos dejado constancia en los antecedentes, CCOO acogándose al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción imputa a la sentencia las siguientes infracciones: (1.º) de los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, 6.3 a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000; (2.º) de los principios de legalidad y jerarquía normativa afirmados por el artículo 9.3 de la Constitución y por el artículo 3.1 de la Ley 30/1992; (3.º) del artículo 163 de la Constitución y del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por su parte, UGT, también al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, reprocha a la sentencia de la Audiencia Nacional estas

infracciones: (1.º) de los principios de legalidad y jerarquía normativa proclamados por los artículos 9.3 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992; (2.º) de los artículos 28.1 y 14 de la Constitución, 6.1 y 6.3 a) de la Ley Orgánica 11/1985 y de la jurisprudencia constitucional que los desarrolla y del 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000.

Es fácil advertir que ambas organizaciones sindicales manejan los mismos argumentos que pueden resumirse del siguiente modo: (i) consideran que el texto vigente del artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 es plenamente respetuoso con la Constitución; (ii) habilita a la Administración para regular el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes; (iii) las funciones que a este atribuye el Real Decreto 3/2006 se acomodan a la naturaleza que el legislador ha dado al Foro; (iv) en tanto las normas reglamentarias y, en particular, la Orden ESS/1954/2014 se ajustan a las determinaciones del legislador, la Sala de instancia no podía fallar de la forma en que lo hizo sino que debió plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del citado artículo 70.1. La consecuencia de todo ello es que la sentencia infringe este último, también los artículos del Real Decreto 3/2006 concernidos y, además, los preceptos constitucionales invocados ya que (a) no respeta los principios de legalidad y jerarquía normativa; (b) no plantea dicha cuestión; y (c) termina aplicando indebidamente los artículos 28.1 y 14 del texto fundamental.

#### **QUINTO.- La oposición del Abogado del Estado.**

Aunque acaba pidiendo la desestimación de los motivos de casación de CCOO y de UGT y el mantenimiento de la sentencia recurrida, en realidad defiende lo contrario ya que nos dice, a propósito de los de CCOO que (i) la sentencia interpreta incorrectamente el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000; y que (ii) la Orden impugnada no es ilegal porque ese precepto la reviste de legalidad. Por lo que hace al del UGT, precisa que no era procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

#### **SEXTO.- La oposición de USO.**

USO ha presentado tres escritos de oposición distintos, uno por cada escrito de interposición.

Al del Abogado del Estado objeta que la sentencia de la Audiencia Nacional no ha infringido los preceptos constitucionales y legales que invoca porque no existe una coherencia plena entre el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 y los artículos 8.5 y 9.2 del Real Decreto 3/2006 ya que la redacción del precepto legal puede ser interpretada en sentido no excluyente de acuerdo con los principios constitucionales de libertad sindical e igualdad, cosa que no hacen los preceptos reglamentarios. La sentencia, subraya, ha llevado a cabo una interpretación *secundum constitutione*.

Al de UGT objeta extensamente que su recurso se aferra a una interpretación taxativa y excluyente del tantas veces citado artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 cuando es posible otra constitucionalmente aceptable: la seguida por la sentencia, de manera que los vicios residen en la regulación reglamentaria y no en la legal. Insiste en que la naturaleza y las funciones del Foro nada tienen que ver con la participación institucional y que acierta la sentencia de la Audiencia Nacional al sostener que la utilización que se ha hecho del criterio de la mayor representatividad es contraria a los derechos de libertad sindical e igualdad y destaca que dicha Ley Orgánica, pudiendo haberlo hecho, no señaló que el Foro sea un órgano de participación institucional.

Al de CCOO extiende las objeciones que formula a los motivos interpuestos por UGT. Además, aprovecha para repasar la jurisprudencia emanada sobre los supuestos en que cabe utilizar el criterio de la mayor representatividad de las organizaciones sindicales y afirma que sus pautas son aplicables en este caso, dado que el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 no cierra el paso a interpretaciones que permitan el acceso al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes de sindicatos con interés e implantación en el ámbito migratorio. Se refiere al informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 8 de septiembre de 2014 sobre el proyecto de la que sería Orden ESS/1954/2014, que recomendaba otra redacción para sus

artículos 2.2.a) y 7.5.a) para que fueran dos requisitos distintos no acumulativos: la mayor representatividad, por una parte, y el interés y la implantación en el ámbito de inmigración por la otra. Y, también, menciona el informe de la Secretaría General de Emigración e Inmigración de 15 de septiembre de 2014 que, dice, admite como posible esa solución. Añade, para negar carácter institucional al Foro, que la instancia que lo posee es la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, prevista en el artículo 72 de la Ley Orgánica 4/2000. Asimismo, observa que el propio Foro pidió que se eliminase de su artículo 70.1 la mención a la mayor representatividad.

Asimismo, opone USO a estos recursos de casación de las otras organizaciones sindicales que ninguna vulneración ha habido de los principios de legalidad y jerarquía normativa ni de los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que la vulneración de los derechos fundamentales que denunció en la instancia trae causa de las normas reglamentarias, tal como dijo la sentencia de la Audiencia Nacional.

**SÉPTIMO.- El parecer del Ministerio Fiscal sobre los motivos de casación.**

En sus alegaciones conjuntas a los tres escritos de interposición, el Ministerio Fiscal defiende la estimación de todos los motivos de casación de los tres recurrentes excepto el tercero de los interpuestos por CCOO, es decir, el que consideraba infringidos los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Precisa el Ministerio Fiscal que la sentencia de la Audiencia Nacional se atiene a una jurisprudencia que se formó a partir de una regulación diferente a la vigente cuando se dicta la Orden ESS/1954/2014. De ahí que la considere corregida y superada por la más moderna del Tribunal Constitucional. Aquí cita su sentencia 36/2004, según la cual, nos dice el Ministerio Fiscal, la participación institucional de los sindicatos, es decir su integración en organismos administrativos, es un contenido adicional a la libertad sindical de configuración legal cuyo contenido ha de ser establecido

por las leyes ordinarias. Y que las Leyes Orgánicas 11/1985 y 4/2000 en su redacción vigente exigen la mayor representatividad para participar en el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. De ahí que la Orden ESS/1954/2014 sea congruente con la Ley Orgánica 4/2000.

Consecuencia de lo anterior es que la sentencia infringe “el principio de jerarquía normativa o el de legalidad”. Por otra parte, en la medida en que la exigencia de mayor representatividad de los sindicatos para su participación institucional no es contraria al principio de igualdad, aquí cita la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2012, no ve preciso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 70.1. En cambio, sí aprecia la vulneración por la sentencia de los artículos 6.1 y 6.3 de la Ley Orgánica 11/1985 por no haberlos aplicado y anular, en cambio, los preceptos de la Orden ESS/1954/2014 que recogen la exigencia de la mayor representatividad.

**OCTAVO.- Las alegaciones de las partes sobre el posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción vigente.**

La Sala, considerando que la solución del litigio que se nos ha sometido depende del juicio al que se llegue sobre la constitucionalidad del artículo 70.1, aunque las partes se han manifestado sobre ello en la instancia y en casación, al igual que lo ha hecho la propia sentencia recurrida, ha considerado necesario oírles específicamente sobre este extremo antes de decidir sobre los motivos de casación interpuestos.

En este trámite, la recurrente en la instancia, *USO*, ha insistido en el carácter *secundum constitutione* de la interpretación realizada por la Audiencia Nacional y en decir que, si no la compartimos y consideramos que ese artículo 70.1 exige la mayor representatividad en el Foro, será necesario que planteemos la cuestión sobre su inciso “más representativas”. A partir de aquí, pasa a razonar sobre la, a su parecer, inconstitucionalidad del requisito y a recordarnos que *USO* goza de “notoria y suficiente implantación a nivel

nacional también en el ámbito de la inmigración”. Y termina tachando de desproporcionada e injustificada la exigencia de mayor representatividad para acceder al Foro.

El *Abogado del Estado* recuerda que ni como recurrente ni como recurrido ha solicitado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad pues ve manifiesto el acomodo del artículo 70.1 a la Constitución y la propia sentencia de instancia admite que puede interpretarse de conformidad con ella. Además, observa que ninguno de los suplicos de los recurrentes lo piden y que, también, lo rechazó el Ministerio Fiscal al expresar su parecer sobre los escritos de interposición.

CCOO solicita, ante todo, que se requiera al Abogado del Estado para aclarar su posición respecto de los recursos de casación, incluido el suyo propio. Después observa que la providencia de la Sala no ha expresado los motivos o aspectos por los que ve necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad y deduce que el problema estaría en la “reserva o exclusividad efectuada en favor de las (organizaciones) más representativas”. Dice CCOO que no tiene ninguna duda sobre la constitucionalidad del artículo 70.1 y expone seguidamente las razones que le llevan a esa certeza. Son, en esencia, el ser el Foro “una fórmula de participación institucional creada por la ley” y ser “constitucionalmente admisible” reservar dicha participación a las organizaciones sindicales más representativas” siempre que cuenten con implantación en el ámbito migratorio. Indica, además, que la audiencia electoral acreditada mediante los resultados electorales es un criterio suficientemente objetivo e imparcial. De ahí que nos pida que, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, dictemos sentencia estimatoria de su recurso de casación y declaremos ajustada a Derecho la Orden impugnada en la instancia.

*UGT* se opone a ese planteamiento. Al igual que CCOO, indica que la providencia no dice qué derechos fundamentales podrían verse vulnerados por el artículo 70.1 aunque llega a la conclusión de que es en la limitación a las organizaciones más representativas del acceso al Foro donde reside la

dificultad. Una vez sentado ese extremo, se extiende sobre las razones por las que es innecesario someter al Tribunal Constitucional cuestión alguna. Esas razones son esencialmente las que ya hizo valer al argumentar sus motivos de casación.

#### **NOVENO.- La posición del Ministerio Fiscal.**

Por último, el *Ministerio Fiscal* también llama la atención sobre la falta de indicación en la providencia que sometió a las partes la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales que serían vulnerados pero no atribuye trascendencia a esa circunstancia pues, enseguida, advierte que el extremo sobre el que se ha pedido alegaciones a las partes constituye “el objeto de un reiterado debate tanto en la instancia como en el propio recurso de casación”.

Apunta también que el paso dado por la Sala supone que no comparte la solución seguida por la sentencia recurrida de desplazar el juicio de constitucionalidad a las normas reglamentarias, respecto de lo que manifiesta su acuerdo y, precisamente, en razón de esa premisa, concluye que la constitucionalidad del artículo 70.1 significará, igualmente, la del Real Decreto 3/2006 y la de la Orden que lo ejecuta. Desde esta perspectiva, entiende que concurren los requisitos de aplicabilidad del precepto y de relevancia para la resolución del litigio.

Sentados esos presupuestos, si bien dice que el análisis de fondo de la duda de constitucionalidad suscita “mayor problema”, inmediatamente adelanta que puede ser resuelta en favor de la conformidad de dicho artículo con la Constitución sin necesidad de acudir a la vía del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Resalta el Ministerio Fiscal que esta es la primera vez que puede pronunciarse sobre el asunto debatido y expresa su discrepancia con la línea seguida por dos sentencias de esta Sala invocadas por la Audiencia Nacional --las de 16 de junio de 2010 (recurso 20/2008) y la de 27 de noviembre de 2012 (casación 4953/2011)-- que no apreciaron representación o participación institucional en los supuestos considerados --el

Consejo Estatal de Responsabilidad Social y el propio Foro de Integración Social de los Inmigrantes antes de la reforma de 2009, respectivamente-- y, en consecuencia, juzgaron excesivo reservar a los sindicatos más representativos la presencia en ellos.

A su parecer, la jurisprudencia constitucional permite despejar toda duda de constitucionalidad y justificar la introducción del requisito de la mayor representatividad donde inicialmente no estaba. Con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 39/1986, del artículo 6 c) de la Ley Orgánica 11/1985 y del artículo 129 de la Constitución, explica que la representación o participación institucional de los sindicatos en los supuestos en que la contempla el legislador viene determinada objetivamente por la naturaleza y funciones del órgano administrativo en que se produce y que el criterio de la mayor representatividad estará justificado si se utiliza para que la intervención sindical contribuya eficazmente al desempeño del cometido constitucional o legal del órgano de que se trate. Y, tras recordar que el legislador orgánico de 1985 no cierra el catálogo de sedes de participación institucional y que esta no viene limitada por la naturaleza decisoria o no o por la materia sobre la que verse, concluye que basta “con que la razón por la que el legislador haya optado por regular (...) con arreglo al criterio de mayor representatividad (...) la representación sindical sea constatablemente objetiva, no caprichosa ni arbitraria, para que en tal caso su decisión pueda quedar justificada”, que es precisamente lo que, añade, sucede ahora.

Aunque el Foro no sea específicamente un órgano de defensa de los intereses laborales de los trabajadores extranjeros y posea carácter multidisciplinar, eso no impide necesariamente, dice el Ministerio Fiscal, reservar la representación de los sindicatos en él a los que tienen mayor audiencia. Aquí trae a colación los inconvenientes de un diálogo atomizado, que es el que resultaría de la presencia de una pluralidad de sindicatos. Por lo demás, descarta que el principio de participación recogido en la Ley 30/1992 sirva, como decía la Audiencia Nacional, para excluir en este caso al requisito de dicha mayor representatividad.

De este modo, teniendo en cuenta el sentido que al Foro le ha dado la Ley Orgánica 2/2009 y que ese requisito va matizado por el relativo al “interés e implantación en el ámbito de la inmigración”, le parece objetivamente razonable la solución establecida por el legislador

«precisamente porque no se trata de un foro de debate, negociación o decisión sobre los derechos de los trabajadores, ni siquiera exclusivamente sobre los derechos de los trabajadores inmigrantes, sino porque se trata de aportar una visión de conjunto del ámbito laboral --el punto de vista de los trabajadores, en este caso-- en cuanto pueda afectar a ese grupo de personas».

Y concluye:

«(...) justo en la medida en que se instituye un órgano multidisciplinar integrado por diversas Administraciones y representaciones de la denominada sociedad civil, la atomización de los puntos de referencia en cada una de esas representaciones podría difuminar o desenfocar esa visión de conjunto que obviamente es más fácil de identificar con los sectores más representativos de cada grupo representado, por lo que --salvada por la propia norma la objeción relativa a la implantación en el concreto ámbito de la inmigración en el que se centra la actividad del Foro-- resultan fácilmente reconocibles, a juicio de esta Fiscalía, los requisitos de objetividad y no arbitrariedad que (...) viene describiendo reiteradamente la jurisprudencia constitucional a la hora de estimar conforme a los artículos 28 y 14 de la Constitución la introducción del criterio diferenciador de la mayor representatividad sindical a la hora de configurar la participación de los sindicatos en los órganos administrativos o relacionados con el ejercicio (como la definición y el desarrollo de políticas) de las facultades de la Administración».

**DÉCIMO.- La Sala no duda de la constitucionalidad del artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción vigente.**

La un tanto extensa exposición precedente, además de para dejar constancia de las posiciones de las partes, sirve para identificar los aspectos centrales del debate que se ha entablado en el proceso y poner de relieve que reviste mayor complejidad de la que aparentemente pudiera percibirse en una primera aproximación. Al mismo tiempo, ese relato y el contraste que revela

nos ayudan a resolver los recursos de casación y a decidir la suerte del recurso contencioso-administrativo.

A pesar de la rotundidad de algunas expresiones con las que las partes se manifiestan en torno a los aspectos principales de la controversia, el asunto no es tan claro como pretenden. No es, pues, extraño que las organizaciones sindicales nos hayan presentado extensos escritos ni que el Ministerio Fiscal diga en el trámite abierto por la Sala sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción vigente, que presenta mayor problema el análisis de fondo de la duda de constitucionalidad suscitada por la Sala.

Esa dificultad deriva, de un lado, de la importancia que la jurisprudencia ha dado al juego de la igualdad entre las organizaciones sindicales en todo aquello que no sea participación o representación institucional ya que el artículo 7 de la Constitución las comprende a todas y, precisamente, la libertad sindical reconocida por su artículo 28.1 apunta también al pluralismo sindical y no puede no comportar, a la luz de su artículo 14, la proscripción de diferencias de trato injustificadas entre unos y otros sindicatos. Esa orientación ha contrastado con actuaciones administrativas que limitaban a los más representativos diversas ayudas o actividades de manera que han sido relativamente frecuentes los procesos en los que las mismas partes que ahora contienden se han enfrentado en torno a la procedencia de utilizar en cada caso el criterio de la mayor representatividad.

En ese escenario, el criterio seguido por la jurisprudencia en los supuestos en que no concurría una previsión legal que la impusiera ha sido el de considerar no justificada la diferencia de trato articulada mediante el requisito de la mayor audiencia sindical. Justamente, en esa línea se explica que la Sala de instancia decidiera en su día que, conforme al inicial artículo 63 --antecedente del actual artículo 70.1-- de la Ley Orgánica 4/2000, no cabía limitar a las organizaciones sindicales (y empresariales) más representativas el acceso al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. E, igualmente, se explica que, preocupada por mantener esa jurisprudencia y atendiendo al

mayor valor de los derechos fundamentales, sostuviera la interpretación que recoge la sentencia recurrida y derivara la tacha de inconstitucionalidad a las normas reglamentarias, salvando así la conformidad a la Constitución del precepto legal.

La construcción llevada a cabo por la Audiencia Nacional se produce, como se ha visto, tras un cambio normativo --el operado por la Ley Orgánica 2/2009-- que da rango legal, en los términos conocidos, a la exigencia de la mayor representatividad para tomar parte en el proceso de selección de los vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes antes solamente establecida con rango reglamentario por el Real Decreto 3/2006.

La Sala, efectivamente, se ha cuestionado si cabe desvincular la prescripción reglamentaria de la previsión legal, como entiende la Audiencia Nacional que es posible y defiende USO, o si, por el contrario, no cabe hacerlo por residir en la nueva redacción del artículo 70.1 la única razón determinante de la limitación controvertida. Y ha llegado a la conclusión de que no puede reprocharse a la Administración el desarrollo reglamentario y la convocatoria del proceso selectivo para la designación de los vocales del Foro en las condiciones en que lo ha hecho a la vista del tenor de ese precepto. En efecto, si el legislador dice, como lo dice, que el Foro estará compuesto por representantes "de las asociaciones de inmigrantes y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas", está restringiendo a estas últimas la participación por lo que a los sindicatos se refiere.

El tenor del precepto no deja margen para entender que queda abierta la posibilidad de que, junto a las más representativas, puedan ser llamadas otras organizaciones sindicales con interés e implantación en el ámbito de la inmigración porque cualifica a las empresariales y sindicales con la nota de la mayor representatividad. La aplicación de los criterios hermenéuticos lleva, sin dificultad, a ese resultado. Así, pues, a diferencia de lo que sucedía cuando se dictó el Real Decreto 3/2006, en el momento en que se aprueba la Orden

ESS/1954/2014, la ley orgánica cerraba ya el acceso de las demás organizaciones sindicales al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. Esto significa que hay coherencia, cierto que sobrevenida, entre la ley orgánica, y las normas reglamentarias y que, por tanto, el problema se sitúa en la primera.

Alcanzada esa primera conclusión, la Sala se ha preguntado si debía oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear o no cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 70.1. Ha entendido que ayudaba a su mejor decisión abrir ese trámite pues, aunque desde el principio del proceso haya estado en el centro del debate la duda sobre su constitucionalidad, la salida elegida por la Audiencia Nacional ha introducido elementos relevantes de manera que, más allá de lo expresado en los motivos de casación, convenía centrar en el precepto legal la atención y hacerlo desde la perspectiva de la protección que merece el derecho fundamental a la libertad sindical en condiciones de igualdad entre los distintos sindicatos que la jurisprudencia se ha preocupado de darle cuando procedía.

Porque eso era a lo que conducía la providencia de traslado. De ahí que, pese a no precisar los preceptos constitucionales que podrían ser vulnerados, nadie ha tenido la más mínima dificultad para identificarlos y así todos se han dedicado a examinar el artículo 70.1 a la luz de las exigencias de los artículos 28.1 y 14 de la Constitución y de la interpretación que han recibido del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala.

Pues bien, consideramos que tiene razón el Ministerio Fiscal cuando señala que la clave reside en determinar si hay una justificación objetiva y razonable para restringir a las organizaciones más representativas la participación sindical (y empresarial) en el Foro. De los argumentos que ofrece para llegar a su respuesta afirmativa, son más convincentes los que guardan relación con la idoneidad de los sindicatos que han logrado mayor audiencia para contribuir a ofrecer una visión de conjunto en un órgano de carácter multidisciplinar que los que descansan en la preocupación por la atomización que, de otro modo, podría producirse. En efecto, tal posibilidad está

relacionada directamente con la composición que se dé al Foro, concretamente con el número de vocales que lo integren y con la forma en que se distribuyan. Por tanto, sería siempre posible evitarla aunque se contara con los sindicatos que no son más representativos mediante la distribución de las vocalías. Se trata de extremos que no afronta el artículo 70.1 sino que abordan las normas reglamentarias pero que no deben pasarse por alto a la hora de juzgar la idoneidad de los requisitos que establece. En cambio, la superior representatividad sí es un elemento de peso que en sí mismo no es discutible. Cuando se le ha objetado, la cuestión no ha residido en la exclusión de quien la posee sino en la exclusividad de su presencia. Por otra parte, es muy importante no pasar por alto el otro requisito que debe concurrir conjuntamente con el de la mayor representatividad: el del interés e implantación en el ámbito de la inmigración. Esta exigencia cualifica a la primera y ayuda a despejar las dudas sobre el artículo 70.1 pues refuerza la razonabilidad de la opción legislativa.

A estas consideraciones, se suman las que parten de la ausencia de un concepto constitucional de participación o representación institucional de los sindicatos. El texto fundamental no las define y ha sido la Ley Orgánica 11/1985 la que lo ha establecido en su artículo 6 pero sin cerrar el catálogo de supuestos en los que pueden darse, el cual, por otra parte, siempre podrá ampliar el legislador. Desde esta perspectiva tampoco vemos motivos para tener por excesiva o injustificada la aplicación de la regla de la mayor representatividad en la composición del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, precisamente porque ha sido dispuesta legalmente y porque, como se ha dicho, no es ilógica la presencia en su seno de representantes de los sindicatos más representativos implantados en ese ámbito dadas las funciones que debe desempeñar.

En definitiva, la Sala no ve razones para dudar de la constitucionalidad del artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción vigente, de modo que no debe plantear cuestión de constitucionalidad sobre él.

**UNDÉCIMO.- La estimación de los recursos de casación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo.**

La conclusión alcanzada impone la estimación del motivo de casación del Abogado del Estado sin que sea necesario pedirle que aclare su posición ya que es evidente que, al oponerse a los recursos de casación, su escrito incurrió en error material perfectamente superable a la vista de sus razonamientos. E, igualmente, impone la estimación de los motivos primero y segundo de CCOO y de los dos de UGT.

No procede, en cambio, tal como defendió el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición, acoger el tercer motivo de CCOO ya que no se han infringido los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Además de que, como hemos dicho, no hay duda de constitucionalidad, la Sala de instancia tampoco la tuvo y afirmó la conformidad del precepto legal al texto constitucional.

En cualquier caso, debemos anular la sentencia y, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, resolver el litigio en los términos en que aparece planteado el debate. Tras lo expuesto en los fundamentos anteriores, no cabe más solución que desestimar el recurso contencioso-administrativo ya que la Orden ESS/1954/2014 se ajusta a las previsiones del Real Decreto 3/2006 y, especialmente, al artículo 70.1 de la Ley Orgánica 4/2000 en su redacción vigente.

**DUODÉCIMO. Costas.**

A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia habida cuenta de la naturaleza del debate entablado y de que la Audiencia Nacional estimó en parte el recurso contencioso-administrativo, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

## FALLO

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

(1.º) Que ha lugar a los recursos de casación interpuestos con el n.º 2247/2016, por el Abogado del Estado, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores contra la sentencia dictada el 20 de abril de 2016 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que anulamos.

(2.º) Que desestimamos el recurso n.º 14/2014, interpuesto por la Unión Sindical Obrera contra la Orden ESS/1954/2014, de 21 de octubre, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 27, por la que se desarrolla y convoca el proceso selectivo para la designación de los vocales del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en representación de asociaciones de inmigrantes y refugiados y de organizaciones sociales de apoyo.

(3.º) Que no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.