



Roj: **STS 4865/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4865**

Id Cendoj: **28079130042024100334**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **03/10/2024**

Nº de Recurso: **755/2023**

Nº de Resolución: **1560/2024**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.560/2024

Fecha de sentencia: 03/10/2024

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 755/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/10/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por: MMC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 755/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1560/2024

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez



En Madrid, a 3 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº. 755/2023 interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción, representada por el procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por el letrado don José Pablo Martínez Marqués, 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.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado; y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la procuradora de los Tribunales doña Isabel Casas Cañedo y defendida por el letrado don Eduardo Fernández Gómez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso 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.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda se solicita: " se tenga por formulada, en tiempo y forma demanda Contencioso-Administrativa contra Real Decreto 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 **declarándose la nulidad** por el incumplimiento de la normativa que regula el trámite de audiencia, al excluir a las organizaciones empresariales como interlocutores sociales y por la falta de justificación en la memoria de análisis e impacto normativo estimando la demanda y condenando en costas a la demandada."

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, se presentó escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que dicte en su día sentencia por la que: "desestime este recurso con los demás pronunciamientos legales."

Del mismo modo conferido traslado a la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, se presentó escrito de contestación en el que suplica que: "proceda a dictar Sentencia por la que se desestime íntegramente el RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES formalizado por la representación procesal de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN contra el Real Decreto 667/2.023 de 18 de Julio. Por ser Justicia que pido en Madrid, a 26 de Diciembre del año 2.023."

CUARTO.- Por diligencias de ordenación de 28 de febrero y 14 de marzo de 2024 respectivamente, se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron todas las partes mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando por diligencia de ordenación de 21 de marzo de 2024 conclusas las actuaciones.

QUINTO.- Mediante providencia de 18 de julio de 2024 se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el 1 de octubre de 2024, en cuya fecha ha tenido lugar. Y el 4 de octubre siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN (CNC) interpone 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.

La parte ejercita una pretensión de nulidad alegando la vulneración del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria que derivaría de la infracción de los artículos 26 y 29 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con el artículo 105.e) de la Constitución. Para ello:

1.- Alega que la norma no tiene un carácter meramente organizativo y que produce evidentes efectos "ad extra" por incidir, no solo en los intereses de las organizaciones sindicales, sino también de las empresas y de las organizaciones empresariales que las representan. Cita a tal efecto lo declarado por esta Sala y Sección en sentencia 1182/2022, de 22 de septiembre, dictada en recurso contencioso administrativo 418/2021.

Hace referencia a las exposiciones de motivos del Real Decreto impugnado y de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba



el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, transcribiendo parte de ellas.

Aduce que si la Comisión interministerial, creada por el expresado Real Decreto, lo que pretende es dar cauce a una contratación pública socialmente más responsable mediante la incorporación de criterios sociales que afecten a determinados aspectos de la política social, deberá tenerse en cuenta que en este ámbito se desenvuelve la actividad de la organización empresarial recurrente, por lo que debería haberse realizado el trámite de audiencia cuya omisión denuncia. Resalta que los intereses económicos y sociales están permanentemente concernidos por la norma reglamentaria, con cita de su exposición de motivos y de las funciones que según el artículo 2 corresponden a la Comisión Interministerial. Considera que se han vulnerado los artículos 7, 22 y 38 de la Constitución desde el momento en que las organizaciones empresariales no solo están reconocidas por la ley, sino que tienen relevancia constitucional al atribuírsele una función básica de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales, del mismo modo y en plano de igualdad que a las organizaciones sindicales. En relación con este último extremo -audiencia a organizaciones sindicales- nos recuerda que esta Sala y Sección ya anuló la primera norma reglamentaria que creó la misma Comisión Interministerial (RD 94/2018, de 2 de marzo) por no haberse concedido el trámite de audiencia a esas organizaciones, lo que se hizo en sentencia 1719/2019, de 12 de diciembre, dictada en recurso contencioso administrativo 194/2018.

2.- Afirma también el carácter insuficiente de la memoria abreviada de análisis de impacto normativo (MAIN) y considera que lo procedente era haber realizado una MAIN completa. Denuncia que la realizada presenta evidentes errores:

(i) en relación con las posibles alternativas de regulación, pudiéndose haber optado por no hacer regulación alguna al no estar justificada su necesidad en la MAIN, o por acudir a otros medios, como puede ser a través de las funciones que a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado atribuye el artículo 328.3.a) y b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

(ii) en orden al impacto económico de la norma, dado que se afirma la ausencia de efectos económicos cuando lo que se persigue es la inclusión de criterios sociales en la contratación y ello incide en la actividad económica, tal y como exponía el informe emitido por el Ministerio de Transportes.

(iii) A todo ello añade que se ha incumplido la exigencia de publicación de la MAIN impuesta por el artículo 7.d) de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (Ley de Transparencia).

SEGUNDO.- La Administración General del Estado se opone al recurso y para ello expone las siguientes alegaciones:

1ª) Niega que la norma reglamentaria tenga efectos ad extra. Emplea para ello una doble línea expositiva:

a) Considera que ese efecto no puede extraerse de la exposición de motivos del Real Decreto impugnado, ni de la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, carecen de efectos normativos según doctrina del Tribunal Constitucional. Sostiene que a estos efectos debería atenderse a la regulación de la finalidad y funciones de la Comisión Interministerial -artículos 2 y 4-, manteniendo que en ningún caso se le asigna competencia para adoptar acuerdos que puedan afectar, de modo directo o indirecto, a las empresas.

b) En todo caso, en la hipótesis de considerar que la función de la Comisión Interministerial de elaborar propuestas al Consejo de Ministros -artículo 4.1 b) y c) del Real Decreto- pudiera afectar indirectamente a las empresas, cabría reseñar que esta capacidad es proponente, que no decisoria, y que la audiencia a las empresas potencialmente afectadas queda garantizada con lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 667/2023, donde se prevé la participación de terceros así como la constitución de grupos de trabajo para elaborar las propuestas.

2ª) Niega que se haya omitido el trámite de audiencia afirmando que la Comisión Interministerial es un órgano interno administrativo cuya creación responde a la capacidad autoorganizativa de la Administración General del Estado.

3ª) Niega la existencia de defectos en la MAIN, desarrollando estas líneas argumentales:

En primer lugar, afirma que la no regulación no es una opción pues según el artículo 1.3 de la LCSP "en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales".



Añade, en segundo término, que la idoneidad de su creación como órgano externo a la Junta Consultiva de Contratación tiene precedente claro en el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública. Además, nos dice que el artículo 4.2 de la norma reglamentaria contempla la participación de la Junta Consultiva de Contratación para el ejercicio de determinadas funciones de la Comisión Interministerial.

Por último, mantiene que la MAIN no niega los efectos económicos de la norma, sino que considera que no son apreciables.

TERCERO.- La parte codemandada personada, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, se opone a la demanda con argumentos que resumimos:

1.- Niega la eficacia ad extra de la norma reglamentaria y la incidencia en la organización empresarial recurrente. Afirma en este ámbito que no puede ser exigido el trámite de audiencia con base en que la CNC es una asociación que no tiene carácter voluntario, y que la pretendida de eficacia externa de la norma reglamentaria que se alega no deriva de los convenios colectivos del sector de la construcción. Añade que la Comisión Interministerial carece de capacidad para concretar y definir los fines y objetivos que debe fomentar la contratación pública, incluidos los criterios sociales, que están en normas anteriores al Real Decreto impugnado -LCSP-.

2.- En cuanto a la alegada insuficiencia de la MAIN, mantiene que la demanda realmente viene a cuestionar el criterio político que subyace en la regulación puesto que el vicio planteado es que lo pretendido podría realizarse a través de la Junta Consultiva de Contratación. Por lo demás, nos dice que la MAIN responde a los requisitos y contenidos fijados por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

CUARTO.- Como se deduce de lo anteriormente expuesto, nos encontramos ante una norma reglamentaria en la que, en la tramitación realizada para su elaboración y, de manera más concreta, en el preceptivo trámite de audiencia, se ha omitido la participación de una asociación empresarial reconocida por ley y que agrupa o representa a las empresas del ámbito de la construcción.

Por ello debemos comenzar diciendo que esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ya analizó y resolvió la impugnación de la norma reglamentaria precedente que regulaba y creaba la misma Comisión Interministerial, y por el mismo vicio. Se trata de la sentencia 1719/2019, de 12 de diciembre (recurso contencioso administrativo 194/2018), que anuló el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. Esta sentencia anuló el citado Real Decreto por el mismo vicio de elaboración que ahora se aduce, si bien referido entonces a la omisión del trámite de audiencia a las organizaciones sindicales, y por infracción de los artículos 26 de la Ley 50/1997 y en el artículo 133.2 de la Ley 39/2015, en relación con el principio de participación que recoge el artículo 105 de la Constitución.

En esa previa sentencia analizamos dos de las cuestiones que ahora nos vuelven a plantear: si estamos o no ante una disposición general de carácter organizativo, y si es así, si resultaba o no preciso el trámite de audiencia a la asociación empresarial recurrente. Así, en el último inciso del fundamento de Derecho Quinto dijimos: "Debe determinarse antes si aquellos reglamentos, aún siendo organizativos, deben ser objeto de audiencia por afectar a intereses legítimos legalmente representados por determinadas entidades, toda vez que debe tomarse en consideración si se produce esa incidencia sobre los derechos e intereses de los ciudadanos en cuanto integrados en una estructura, de tal manera que el hecho de que un reglamento pueda ser considerado como un reglamento interno de organización administrativa no excluye, sin más, aunque lo hará en la mayoría de los casos, el cumplimiento del trámite de audiencia que examinamos. Al menos, a lo que obliga es a la Administración a señalar que se trata de una norma de carácter organizativo, pero sobre todo a razonar y justificar que dicha norma no tiene incidencia o trascendencia sobre los intereses de los ciudadanos y las organizaciones que los representan.". Y, es claro que nuestra decisión fue considerar que, pese a tratarse de una norma organizativa, proyectaba efectos sobre los intereses defendidos por los allí sindicatos recurrentes, siendo preciso observar con ellos el trámite de audiencia omitido a los efectos de que se pudieran tomar en cuenta las aportaciones y propuestas de los sindicatos sobre todo o parte del contenido de dicho Real Decreto, sobre su finalidad, la naturaleza de la comisión que crea, las funciones a cumplir, la composición, el funcionamiento interno, la participación de terceros como los "interlocutores sociales", y todo aquello que regulaba la norma reglamentaria.

A lo dicho cabe añadir que en relación con el Real Decreto 667/2023, que es el aquí impugnado, hemos dictado la reciente sentencia 1121/2024, de 25 de junio (recurso 776/2023), si bien a propósito de la composición de la propia Comisión Interministerial. Hemos anulado el inciso "más representativas a nivel estatal" del artículo 3.1.e), 14º.



QUINTO.- 1.- La respuesta ha de ser ahora la misma pues, también aquí, lo que está en juego es la posición que a las asociaciones empresariales (al igual que a los sindicatos de trabajadores) otorga el artículo 7 de la Constitución para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. En este sentido, tanto el carácter como la función que a ambas organizaciones encomienda el artículo citado, ha llevado a considerarlas como asociaciones "de relevancia constitucional" (SSTC 4/1981 y 20/1985), que cumplen una función trascendente de acuerdo con la propia Constitución (SSTC 70/1982, 4/1983 y 20/1985).

En la sentencia 1719/2019 lo analizamos respecto de los sindicatos -Unión General de Trabajadores y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras- y ahora lo haremos respecto de la organización empresarial CNC.

La afectación a las organizaciones empresariales es evidente y deriva no solo de la declaración e intenciones de la exposición de motivos del Real Decreto 667/2023, sino de su propio contenido. Bastará para ello con poner en relación el Real Decreto impugnado con la función básica de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, sin tomar en consideración, porque no está en juego en el proceso su representación institucional, la alegación que hace el sindicato personado como codemandado sobre la mayor o menor capacidad representativa que puedan tener esas asociaciones y, en concreto, la recurrente CNC, ante las Administraciones Públicas y otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma.

A) Centrados ya en la relación de las asociaciones empresariales y el Real Decreto 667/2023, saliendo al paso de la alegación realizada por la Administración del Estado sobre el valor no normativo de las exposiciones de motivos, hay que decir que en la ya mencionada sentencia 1917/2019 dijimos que: "... lo cierto es que los intereses sociales y laborales están permanentemente concernidos, a tenor de la propia exposición de motivos, en el propio Real Decreto impugnado, cuando se refiere a la contratación pública, tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (al trasponer Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión), pues se refiere a la contratación pública estratégica de carácter social."

Pues bien, siguiendo esa línea respecto de las organizaciones empresariales, hay que poner de manifiesto cómo esa misma exposición de motivos:

(i) conecta la contratación socialmente responsable que inspira la norma reglamentaria con el mandato que el artículo 40.1 de la Constitución Española impone a los poderes públicos en aras a promover las condiciones favorables para el progreso social y económico. Ello es relevante en cuanto que las cláusulas sociales pretenden la incorporación de mejoras en las condiciones de trabajo de las personas contratadas por el adjudicatario, de manera que puede tener, además, un retorno positivo directo para el órgano de contratación. Así, nos dice que: "La contratación pública, tal y como está concebida en el ámbito europeo y, consecuentemente, en nuestro país, no es ya únicamente un instrumento de abastecimiento de materias primas o de servicios en las mejores condiciones para los órganos de contratación sino que, además de esta función tradicional, la contratación pública queda concebida como una herramienta a través de la cual los poderes públicos profundizan en otras políticas estratégicas, como pueden ser políticas horizontales de carácter social, medioambiental y de fomento de la innovación".

(ii) Más adelante y en esa misma línea, resalta cómo: "A través de la contratación pública socialmente responsable o la contratación pública estratégica de carácter social, las autoridades públicas pueden promover oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad universal, diseño para todas las personas, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de las personas trabajadoras y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la más amplia aplicación de las normas sociales, o la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres y no discriminación por ninguna de las razones previstas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas. Estas actuaciones permiten influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable, por una parte, de manera directa mediante los bienes y servicios concretos que se adquieren, e, igualmente, por vía indirecta a través del ejemplo de las Administraciones Públicas. Todo ello permite impulsar el avance progresivo de la sociedad por la senda del desarrollo sostenible e integrador".

(iii) Como se puso de manifiesto en la sentencia 1719/2019: "Además, se alude a las previsiones específicas de carácter social incorporadas en el ámbito de la adjudicación de contratos, mediante el "fomento de la integración social de personas (...) desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad



entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato" (artículo 145). También en el ámbito de la adjudicación, los criterios de desempate de los pliegos recogen medidas de carácter social (artículo 147)".

(iv) Y, ya en referencia expresa a la Comisión Interministerial, la exposición de motivos nos dice que: "Esta Comisión Interministerial ejercerá las funciones relativas al análisis, seguimiento y evaluación de la aplicación de las cláusulas sociales en la contratación pública en ámbitos como la información, la accesibilidad y el diseño universal, las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución, el comercio justo o los contratos reservados, entre otras cuestiones. En el ejercicio de estas funciones la comisión está facultada para elaborar propuestas y recomendaciones, que podrá elevar al Consejo de Ministros, así como informes, estudios o guías de aplicación. La Comisión Interministerial asume, además, entre otras funciones, el desarrollo, seguimiento y propuesta del Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, publicado por la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo".

B) Pero, además de ello, el artículo 2 del Real Decreto 667/2023 sigue la senda de esa declaración de intenciones cuando define la finalidad de la Comisión Interministerial: "La Comisión tiene como fin 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".

2.- Por tanto, como pone de manifiesto la parte recurrente, se va a proceder a "desarrollar" cláusulas sociales en la contratación pública y también se va a "mejorar" e "incluir" cláusulas sociales en la contratación pública. Y todo esto sin oír, ni tener en cuenta a los encargados de la ejecución de los contratos públicos, que son las empresas encargadas de la ejecución de los contratos. Así, es indudable que, al igual que ocurría con las organizaciones sindicales, parece evidente que es conveniente y necesario conocer, en el proceso de elaboración de la norma, el parecer de las entidades encargadas de la ejecución de los contratos administrativos que ahora van a ser "desarrollados" y "mejorados" con cláusulas sociales que afectarán a materias tan relevantes como las prescripciones técnicas, las prohibiciones de contratar, los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución de los contratos.

3.- Por ello, siguiendo la senda fijada en la sentencia 1719/2019, concluimos afirmando que debió darse audiencia a las organizaciones empresariales, como la CNC, en el trámite de audiencia, con la finalidad de que pudiesen realizar las aportaciones y propuestas sobre todo o parte del contenido de dicho Real Decreto, sobre su finalidad, la naturaleza de la comisión que crea, las funciones a cumplir, la composición, el funcionamiento interno, la participación de terceros como los "interlocutores sociales", y todo aquello que regula la norma ahora impugnada.

4.- La omisión de este trámite no puede obviarse, como pretende el escrito de contestación a la demanda de la Administración del Estado, con las previsiones de participación de terceros y creación de grupos de trabajo que regulan los artículos 5 y 6 del Real Decreto, referidos a algo diferente a lo analizado y por mucho que las organizaciones empresariales pudieran ser llamadas para colaborar en el desempeño de las funciones de la Comisión Interministerial. Como decimos, eso es algo muy diferente a lo que acabamos de exponer en el anterior ordinal 3: una cosa es colaborar de algún modo en el ejercicio de las funciones de la Comisión y otra tener el derecho a ser oída antes de la creación de la Comisión, que es lo que integra el objeto del pleito.

Tampoco cabe oponer la alegación realizada por la codemandada personada en autos -Confederación Sindical de Comisiones Obreras- en referencia a que la CNC es una asociación que no tiene carácter voluntario. Ello ha de ser así porque, con independencia de que no advertimos que esa no haya sido la posición de la CNC, nuestra sentencia 1719/2019 ya resolvía que: "El trámite de audiencia, previsto en el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, y en el artículo 133.2 de la Ley 39/2019, en consecuencia, debió de haberse realizado, pues su finalidad es hacer efectivo el principio de participación que recoge el artículo 105 de la CE, y que resultaba adecuado y obligado en función de las circunstancias examinadas. Además, hemos señalado en Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (recurso de casación nº 4035/2005) que " es cierto que en otras ocasiones, esta misma Sala (por todas, Sentencia de 12 octubre 2008) ha limitado la audiencia en la elaboración de este tipo de disposiciones a las corporaciones de adscripción obligatoria, pero no lo es menos que en la gran mayoría de esos casos se otorgó



audiencia a otras personas o entidades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma, de manera que mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sustrayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente autoorganizativa. (...) Por lo que respecta a la naturaleza no corporativa de la organización sindical recurrente, se ha de indicar que ya en la Sentencia de esta Sala, de fecha 27 de mayo de 2002, se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el artículo 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos e intereses afectados, aún cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura."

SEXTO.- El segundo de los motivos que sirve de apoyo a la pretensión de nulidad está referido a la insuficiencia de MAIN regulada por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. Analizaremos de manera independiente las cuestiones denunciadas:

(i) La respuesta debe ser negativa en relación con el alegato de las posibles alternativas de regulación -no regular la Comisión Interministerial o estar simplemente a las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, previstas en el artículo 328.3.a y b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)- ello porque la decisión de regulación es una opción de gestión política sobre la que la Sala poco tiene que decir. Desde luego nada se argumenta en la demanda sobre la falta de conveniencia y necesidad del órgano creado, que tiene amparo evidente en el artículo 22.b) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(ii) El mismo sentido ha de tener la cuestión referida el supuesto error sobre al impacto económico de la norma, en este caso porque el argumento empleado y que gira en torno al informe emitido por el Ministerio de Transportes, carece de relevancia dese el momento en que tal informe estaba cuestionando la referencia al trámite de consulta previa y no al contenido mismo de la MAIN. En todo caso el contenido de la MASIN en este extremo, que considera escasamente significativo el impacto económico, no ha sido cuestionado con argumentos concretos.

(iii) Mayor relevante presenta la alegación de incumplimiento de la exigencia de publicación de la MAIN, que se desarrolla con apoyo en el artículo 7.d) de la Ley de Transparencia 19/2013 y que es una cuestión totalmente obviada por los escritos de contestación a la demanda. Ahora bien, esa mayor relevancia no implica acogimiento del motivo de nulidad por las razones que se exponen a continuación:

a) El artículo 5 de esa Ley de Transparencia establece, como principio general, que: "1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.". Desde luego, entre esos sujetos está la Administración General del Estado, que es la autora de la norma reglamentaria impugnada ex artículo 55 de la Ley 40/ 2015.

b) El artículo 7 considera como información de relevancia jurídica y, por tanto, sujeta a la obligación de publicación, "d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio", referencia que tras la derogación de esa norma hay que entenderla referida al Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre.

Ese mandato engarza con ello el hecho de que la exposición de motivos de esta norma indica que "cumple con el principio de transparencia, dado que busca fomentar el conocimiento general de estos instrumentos".

c) Sin embargo, ese deber de dar publicidad no puede confundirse con lo que es y representa el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, donde no está prevista una obligación del tipo de la alegada. En todo caso, el deber de publicación alegado no se regula como una obligación que deba cumplirse en el seno del procedimiento de elaboración, sino que se contempla y así debe ser entendido, como un deber impuesto al margen de ello y a los efectos de transparencia. Se trata así, de un deber de facilitar información actualizada y cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998, la estimación del recurso llevará aparejada la imposición de las costas a la Administración, sin que se aprecie la concurrencia de dudas de hecho o de Derecho que permitan la no imposición. La cuantía de la condena se fija en 4.000 euros, por todos los conceptos, en uso de la facultad que nos otorga el artículo 139.4 de la citada Ley.



OCTAVO.- En aplicación del artículo 72.2 de la LJCA, se ordena la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

FALLO

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

1º) ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN 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, cuya nulidad declaramos.

2º) En materia de costas procesales, estese a lo dicho en el último de los fundamentos de Derecho.

3º) Publíquese el 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ