

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de Marzo de 2010 (rec.465/2009).

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil diez.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 01/465/2009 interpuesto por ABOGADO DEL ESTADO por la vía del procedimiento de lesividad contra la resolución dictada en fecha 13 de Abril de 2009 por la Ministra de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino por la que declara lesiva la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Medioambiente de fecha 13 de Abril de 2005 por la que se reconoce a Gloria como tiempo de servios prestados, a efectos del computo de trienios, los periodos trabajados par la Empresa de Transformación Agraria (TRAGSA), habiendo sido parte Gloria . La cuantía del recurso ha sido fijada en cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto mencionado por ser contrario a derecho.

SEGUNDO: Gloria contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO: Al no haberse recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para conclusiones; en este trámite se evacuó en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

CUARTO: Con fecha 24 de Marzo se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Iltmo. Sr. JOSE GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se interpone el presente recurso contencioso administrativo frente a resolución dictada en fecha 13 de Abril de 2009 por la Ministra de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino por la que declara lesiva la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Medioambiente de fecha 13 de Abril de 2005 por la que se reconoce a Gloria como tiempo de servios prestados, a efectos del computo de trienios, los periodos trabajados par la Empresa de Transformación Agraria (TRAGSA).

La resolución recurrida, tras valorar la concurrencia de los requisitos y exigencias precisos para el planteamiento de la declaración de lesividad derivados de la aplicación de los *artículos 43 de la ley 29/98 y 103* de la Ley de Procedimiento administrativo en relación a la lesión de los intereses públicos, así como después de justificar el planteamiento de la lesividad dentro del plazo previsto en el mencionado *artículo 103*, entiende que los requisitos que derivan de la aplicación del *artículo 1 de la ley 70/78* son los siguientes:

- Servicios prestado por funcionarios de carrera previamente al ingreso.
- Servicios prestados en alguna de las administraciones que se enumeran.
- Servicios prestados tanto en calidad de funcionario de empleo ó en régimen de contratación administrativa ó laboral.

Sobre esta base considera que solo se plantea cuestión en relación al segundo de los requisitos que es el que hace referencia a si las sociedades mercantiles son administración pública en su forma de administración institucional. Consideraba que ya se había rechazado dicha condición en relación a la Empresa Nacional Bazan ó ASTANO.

Entiende que las sociedades estatales cuando adoptan forma de sociedades mercantiles (conforme al *artículo 6.1 de la Ley General Presupuestaria*) no se integran en la administración institucional cuando, además, la Ley General Presupuestaria las excluye del concepto de administraciones públicas a los efectos de la contabilidad nacional.

En relación a la empresa Tragsa, la resolución recurrida insiste en que se trata de una sociedad mercantil tal como resulta del *artículo 88 de la Ley 66/97* sometida al *artículo 6.1 de la Ley general Presupuestaria* y que la *ley de Contratos del Sector Público (30/2007)* confirmó dicha naturaleza en su *Disposición Adicional Trigésima* definiéndola como sociedad mercantil y con capital íntegramente de titularidad pública así dice el apartado 3 de dicha Disposición que el capital social de TRAGSA será íntegramente de titularidad pública.

Finalmente, considera que las sociedades estatales se contemplan expresamente en el *artículo 166.1.c) de la Ley 3/2003* de patrimonio de las administraciones públicas según el cual las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley General Presupuestaria*, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

El *párrafo segundo de este artículo 166* establece que se registrarán por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. En ello reproduce lo dicho por la *Disposición Adicional Duodécima de la*

Ley 6/97 (LOFAGE) que añade como las sociedades mercantiles estatales "En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública".

SEGUNDO: El *artículo 1º de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, establece con sus dos primeros apartados*: "1.- Se reconocen a los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestado por ellos en dichas administraciones, previos a la constitución de los correspondientes cuerpos, escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración Pública.-

2.- Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración Pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino), como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos."

Este precepto contempla, por tanto, no sólo la identificación de las Administraciones receptoras de los servicios susceptibles de ser reconocidos, sino que identifica, también, la naturaleza y alcance de tales servicios, pues, cuando se habla de servicios previos a la constitución de los correspondientes cuerpos o escalas, se está haciendo referencia a unos concretos servicios que no son otros que aquéllos que integran el contenido funcional de los puestos de trabajo articulados dentro del organigrama de las distintas administraciones, conformando las plantillas de las mismas o, lo que en terminología de la legislación actual, son las relaciones de puestos de trabajo que, según el *art. 15 de la Ley 30/84, de 2 de Agosto*, suponen la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios de la Administración. Ello supone, en definitiva, que el citado *art. 1.* se refiere a los servicios prestados a tales administraciones en el desenvolvimiento del contenido funcional de los puestos de trabajo que, por integrarse en los servicios propios de su organización administrativa, son desempeñados por personal a su servicio, es decir, por quienes integran lo que se denomina medios personales de la Administración.

De ahí que, en el *número 2 del art. 1.*, se venga a precisar el alcance personal de tal reconocimiento desde el punto de vista subjetivo, haciendo referencia a las distintas condiciones en las que no han podido ser prestados tales servicios y que, por no ser la de funcionarios de carrera, impedía el reconocimiento de los mismos, relacionando de manera precisa los distintos supuestos que se contemplaban en la legislación vigente, que en aquel momento era la Ley articulada de 7 de Febrero de 1964 y *disposiciones complementarias, con la importante modificación del R. D.-ley 22/77, de 30 de Marzo*, recogiendo en los *arts. 3y siguientes* de aquélla, además de los funcionarios de carrera, los funcionarios de empleo en sus dos modalidades, eventuales e interinos y los contratados administrativos y laborales, que es precisamente lo que se reproduce en el *art.1 párrafo 2º de la Ley 70/78.*

TERCERO: Se plantea en este supuesto si deben computarse los servicios prestados en la Empresa TRAGSA a los efectos de la antigüedad y la *sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de Enero de 1998* resolvió la cuestión sobre la base de lo dicho por una anterior *sentencia de fecha 26 de enero de 1.995* que estimaba el recurso de revisión interpuesto al amparo del apartado b) del antiguo

artículo 102 de la Ley Jurisdiccional.

Esta sentencia declaraba que: "Es claro que el *artículo 1º, apartados 1 y 2 de la mencionada Ley 70/1.978* quiso reconocer a los funcionarios públicos de carrera de todas las Administraciones Públicas los servicios prestados en otras distintas Administraciones y cualquiera fuese el régimen jurídico en que tales servicios se hubieren prestado (funcionario de empleo, contratado administrativo o laboral), pero siempre que el vínculo funcional o la relación jurídico-laboral se efectuase al servicio de una esfera de la Administración Pública, es decir, de Entes personificados de carácter público a los que pudieran vincularse tanto funcionarios bajo régimen estatutario como bajo régimen de contrato administrativo o laboral. Así quedaban incluidos el Estado, sus Organismos Autónomos (Administración Institucional) y la Administración de la Seguridad Social.

Las empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, no son en rigor Organismos Autónomos (el Organismo Autónomo es el Instituto Nacional de Industria -INI- que las constituye y cuyo capital público las integra), sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparados a sujetos privados y regidos por el Derecho civil, mercantil y laboral. No hay personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración Pública ni en rigor pueden asimilarse a ninguna de las esferas administrativas a que alude el *artículo 1º de la Ley 70/1.978*. Así se desprende con claridad tanto del régimen de las empresas nacionales de la *Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1.958 (artículos 4, 91, 92 y 93)* como del establecido por la *Ley General Presupuestaria, en su versión inicial de 1.977 y en la vigente, Texto Refundido de 23 de septiembre de 1.988*, pues en ambos textos legales las sociedades estatales, y más específicamente, las del *apartado a) del artículo 6.1*, es decir las "sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades de derecho público", se hallan regidas "in totum" por el Derecho privado, pues que actúan en el ámbito mercantil o industrial que les es propio como uno más de los sujetos privados, al menos en lo que constituye su núcleo esencial de actuación, según dispone el *apartado 2 de dicho artículo 6º*. A los anteriores razonamientos añade la *Sentencia de 26 de enero de 1.995* que ni el dato de que el control financiero de la empresa en cuestión compete a las Instituciones estatales, al ser su capital íntegramente público, ni el hecho de que la *Ley de Incompatibilidades de 26 de diciembre de 1.984, en sus artículos 1 y 2.1.h)*, mencione explícitamente a las empresas nacionales como incluidas en su ámbito de aplicación, tienen fuerza suasoria para desvirtuar la calificación de las mismas como sujeto privado, pues "por lo que concierne al control de dichas empresas nacionales o sociedades estatales mercantiles, previsto tanto en la Ley General Presupuestaria como en la *Ley de Entidades Estatales Autónomas (artículo 93.1)* para aquellas en que la participación del Estado exceda del 75 por 100 de su capital), ello no implica su encuadramiento en la Administración del Estado ni en sus Organismos Autónomos, sino que simplemente dado el capital público en su totalidad (como es el caso de la "Empresa Nacional B.") o en participación mayoritaria, el control del gasto público se ejerce por régimen asimilable al público en este caso, o aspecto patrimonial, pues no son el Estado ni Organismo Autónomo, sino del Estado o de sus Entes instrumentales con personificación pública. En lo que atañe al régimen de incompatibilidades, éste es más amplio que el de los servicios previos, pues en aquel lo que se tiene en cuenta no son concretas Administraciones públicas sino más bien todo el "sector público" para evitar interpretaciones y colisión de intereses con éste, y así el *artículo 1.1, párrafo 2º, de la mencionada Ley de Incompatibilidades* previene que "a los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público...", incluyendo no sólo desempeño de

puestos conectados con el sector público del Ejecutivo estatal o de los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas y demás esferas, sino también por los integrados en Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y por los miembros electivos de las Corporaciones locales, extendiéndose también a los órganos constitucionales. La norma, pues, está presidida por un ámbito no conectado estrictamente a las diversas Administraciones públicas, como es el caso de la *Ley 70/1.978*, sino a todo el sector público sin exclusión alguna, por lo que no son homologables a los efectos de la controversia".

En virtud de la argumentación expuesta, la *Sentencia de 26 de enero de 1.995* declara más acomodada a Derecho y, por tanto, prevalente, la tesis de la *Sentencia de la Sala de Madrid de 31 de octubre de 1.989* (que no había considerado como Administración Institucional a las empresas nacionales, a los efectos del artículo 1º de la *Ley 70/1.978*), fijando así la doctrina aplicable a la cuestión debatida, doctrina que, según tiene declarado este alto Tribunal (Cfr. *Sentencias de 16 de junio de 1.989 y 17 de enero y 5 de junio de 1.990*), tiene por si misma valor normativo y efectos "erga omnes", por lo que, en cuanto doctrina legal, subsume dentro de ella la que postula en el presente recurso de casación en interés de la Ley la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, siendo la que debe aplicarse en interpretación y aplicación del artículo 1º de la *Ley 70/1.978*, excluyen de su ámbito los servicios prestados en empresas nacionales o sociedades estatales mercantiles, por no ser encuadrables éstas en la Administración Institucional, lo que comporta la desestimación del aludido recurso de casación en interés de la Ley, al existir ya doctrina legal sobre la cuestión planteada, expresada en la tan repetida *Sentencia de esta Sala de 26 de enero de 1.995*.

CUARTO: Gloria , en su escrito de contestación a la demanda se limita a insistir en que mientras estuvo trabando en el Parque Nacional de Ordesa, utilizó medios materiales (vehículos, ordenadores etc) propios de la administración por lo que entiende que tenía un doble empresario.

Sin embargo, nada dice sobre la innegable naturaleza jurídica de la empresa TRAGSA que impide la estimación de sus pretensiones en relación al reconocimiento de los servicios prestados siendo claramente reproducible la argumentación empleada por el Tribunal Supremo que acabamos de transcribir y que se refiere, precisamente, a este mismo supuesto.

QUINTO: Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

Vistos los preceptos citados por las partes y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos

Fallo

Que estimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto ABOGADO DEL ESTADO por la vía de la declaración de lesividad, contra la resolución descrita en el primer fundamento de esta *Sentencia*, *debemos anular la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Medioambiente de fecha 13 de Abril de 2005* por la que se reconoce a Gloria como tiempo de servicios prestados, a efectos del computo de trienios, los periodos trabajados por la Empresa de Transformación Agraria

(TRAGSA). Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid, a

LA SECRETARIA