



Roj: **STS 3613/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3613**

Id Cendoj: **28079140012016100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2016**

Nº de Recurso: **229/2015**

Nº de Resolución: **618/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Social, Comunidad Valenciana, Sección 1ª, 22-05-2015 (demanda 13/2015), STS 3613/2016**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Valencia, representada y defendida por el Letrado Sr. Monteagudo López, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 22 de mayo de 2015, en autos nº 13/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), Sindicato Unión General de Trabajadores de Valencia (UGT), Sindicato Confederación General del Trabajo de Valencia (CGT-PV), Ministerio Fiscal y el Sindicato Profesional de Policías Locales y Bomberos, sobre impugnación de convenio colectivo. Han comparecido en concepto de recurridos la empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), representada y defendida por la Letrada Sra. Buendía Bermúdez, el Sindicato Confederación General del Trabajo de Valencia (CGT-PV), representado y defendido por el Letrado Sr. Arévalo Domínguez, el Sindicato Unión General de Trabajadores de Valencia (UGT), representado y defendido por la Letrada Sra. Gómez Valls.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Valencia interpuso demanda de impugnación de convenio colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad, por ilegalidad, del art. 26 del relativo a la "Cobertura de Vacantes" y en concreto, con relación a la cobertura de vacantes en Brigadas de Emergencia, el apartado B) de la denominada Fase 3 del VI Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA adscrito al Servicio de Brigadas de Emergencia publicado en el DOGV de 29-1-15.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de impugnación de convenio colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 22 de mayo de 2015 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva del Sindicato Profesional de Policías Locales y Bomberos, y desestimamos la demanda interpuesta en nombre de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano, contra Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), el Sindicato UGT y el Sindicato CGT, y en consecuencia, absolvemos a las demandadas de las pretensiones frente a ellas formuladas».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:



«Único.- 1. En el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 29-1-2015, se publica la resolución de 26-1-2015 de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone el registro y publicación del texto del VI Convenio Colectivo del Personal de la Empresa TRAGSA adscrito al Servicio de Brigadas de Emergencia, suscrito, de una parte, por representantes de la empresa, y de otra, por los sindicatos UGT-MCA y CGT-PV.

2. El art. 26 del Convenio regula la Cobertura de Vacantes en Brigadas de Emergencias, en tres Fases: Fase 1): A) Trabajadores que se encuentren en situación de excedencia especial. B) Trabajadores que figuren en las RP en el mismo puesto de trabajo y un periodo de contratación igual al de la vacante producida que hayan solicitado por escrito participar en el concurso de traslados. Fase 2: Promoción interna. Fase 3: Una vez superada la Fase 2, las plazas que subsistan se agruparan para ofertar a final del año natural: A) Trabajadores interesados en ocupar un puesto de trabajo inferior..."B. El Listado de Personal del servicio compuesto por el personal con contrato fijo discontinuo y personal que haya trabajado 6 meses en el Servicio de Brigadas de Emergencia desde el 1-1-2010, previa solicitud de los trabajadores interesados, deben cumplir los requisitos anexo n. 6.

El orden de prelación se obtendrá por la baremación que establece el anexo n. 7 y por el resultado de la prueba de la disposición transitoria segunda.

Las normas de funcionamiento y gestión del listado de personal se desarrollarán por la Comisión de Seguimiento.

Si una vez realizadas las distintas fases del proceso de cobertura de una vacante la misma quedara desierta por no haber nadie que la hubiere solicitado o porque los solicitantes no reunieran los requisitos exigidos en el convenio, se cubrirá la vacante con personal del listado de personal que aparezca en la RP en el mismo puesto de trabajo".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Valencia. Su Letrado, Sr. Monteagudo López, en escrito de fecha 1 de julio de 2015, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.c) de la LRJS por infracción de los arts. 14 , 23.2 y 103.3 de la CE . SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.e) de la LRJS , por infracción del art. 17, apartados 2 y 4 del ET .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

1. Cauce procesal y pretensión formulada.

Mediante la demanda registrada el 8 de abril de 2015 ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano (CC.OO) activó el procedimiento de impugnación del VI Convenio Colectivo del Personal de la Empresa Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) adscrito al Servicio de Brigadas de Emergencia, publicado en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana de 29 enero 2015 y con código de Convenio nº 80000352012007.

La demanda, "en materia de impugnación por ilegalidad", interesa que se declare la nulidad del artículo 26, concretamente cuando afronta la cobertura de vacantes en las Brigadas de Emergencia, como apartado B) de la fase 3. Considera que la restricción del Listado de Personal al "personal con contrato fijo discontinuo y al personal que haya trabajado seis meses en el Servicio de Brigadas de Emergencia desde el 1 de octubre de 2010" choca con diversos preceptos y sentencias constitucionales, que menciona.

Asimismo enumera diversas disposiciones de carácter legal referidas a la naturaleza jurídica de TRAGSA, a partir de las cuales expone la necesidad de que la contratación de personal para las Brigadas de Emergencia respete los principios de publicidad e igualdad.

2. Regulación cuestionada.

El convenio colectivo cuya ilegalidad parcial se insta fue suscrito, de una parte, por la empresa TRAGSA y, por otro lado, los sindicatos UGT y CGT. Disciplina las actividades vinculadas al personal adscrito al Servicio de Brigadas de Emergencia dependiente de la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y



Emergencias de la Consellería de Gobernación y Justicia de la Generalitat y en las actuaciones que, con motivo de catástrofes o emergencias de cualquier tipo, TRAGSA deba realizar en dicha Comunidad y especialmente en su medio rural.

En sentido estricto, son Brigadas de Emergencia las unidades cuyo periodo operativo abarque los doce meses de una campaña, coincidentes con el año natural; las Brigadas de Refuerzo se definen como las que intervienen durante periodos de duración inferior (art. 22 del convenio).

Tanto la sentencia recurrida (que, de forma anómala, lo incluye entre los hechos probados) cuanto los escritos procesales cruzados entre las partes examinan el tenor de la regulación cuestionada a partir de la redacción del estricto pasaje impugnado. Sin embargo, por cuanto se verá, resulta muy conveniente tener a la vista un contenido más amplio del muy extenso artículo 26.

A) Estructura del artículo.- El precepto comienza con unos párrafos que pueden considerarse aplicables a todos los supuestos; más adelante aparece un apartado rubricado como "Cobertura de vacantes en Brigadas de Emergencia" (dentro del cual se ubica el pasaje cuestionado) que cuenta con un capítulo específico para "Publicidad y solicitud de las vacantes"; seguidamente se inserta otro epígrafe referido a "Cobertura de vacantes en Brigadas de Refuerzo"; finalmente, se presta atención específica a la cobertura de vacantes en "situaciones de excedencia con reserva de puesto de trabajo".

B) Respecto de las reglas comunes con que comienza el precepto interesa recordar que a la finalización de cada campaña se confeccionará una única Relación de Personal (RP) en la que figurarán todos los trabajadores del Servicio Brigadas de Emergencia con contrato indefinido a tiempo completo, con contrato de obra o servicio determinado y el personal con contrato fijo-discontinuo de Brigadas de Refuerzo, por puesto de trabajo y en el orden de prelación que determine su experiencia, constatada en razón al número de meses de trabajo computado desde el 1 de enero de 1994.

C) Respecto de las Brigadas de Emergencia se diseña un procedimiento de cobertura que contempla varias fases que se ponen en marcha ordenadamente:

En la primera se oferta la vacante, de forma sucesiva, a quienes estén en excedencia especial; a quienes figuren en la RP en el mismo puesto de trabajo y un periodo de contratación igual al de la vacante producida; y a los excedentes voluntarios.

La segunda está dedicada a los supuestos de promoción interna.

La tercera conduce a ofertar las vacantes "que subsistan" a los interesados en ocupar un puesto de trabajo inferior, al personal fijo discontinuo y al que haya trabajado seis meses en el Servicio de Brigadas de Emergencia desde el 1 de enero de 2010.

D) Recordemos que lo cuestionado se ciñe a lo previsto en la fase tercera respecto de la restricción de colectivos a que se ofertan las vacantes restantes. El convenio advierte que unos y otros deben cumplir el anexo núm. 6, que enumera los puestos de trabajo y sus requisitos de acceso, funciones específicas conocimientos, responsabilidades y habilitaciones.

El orden de prelación se obtendrá tras baremación que establece el anexo núm. 7 y por el resultado de la prueba de la disposición transitoria segunda. En el citado anexo aparece un elenco de apartados de méritos (titulaciones, formación, experiencia, idioma valenciano, etc.) y puntuación asignada a cada uno. Y la Disposición Transitoria Segunda del Convenio establece un periodo transitorio para llevar a cabo la constitución y puesta en funcionamiento del Listado de Personal y prevé la realización (cada dos años) de "una prueba de conocimientos".

3. Sentencia de instancia.

A) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1101/2015, de 22 mayo, pone fin al debate en la instancia y desestima la pretensión.

B) Acoge la excepción de falta de legitimación pasiva del Sindicato Profesional de Policías Locales y Bomberos, alegada por TRAGSA, U.G.T. y C.G.T., por aplicación de lo dispuesto en el art. 165.2 LRJS. Se trata de cuestión no replanteada ulteriormente.

C) La mercantil demandada, de capital público, integra el sector público pero no es una Administración Pública, y está excluida del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Esta sociedad mercantil estatal presta servicios en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente y otros ámbitos conexos. Está obligada a realizar los trabajos que las Administraciones Públicas le requieran, a través de encomiendas de gestión. La contratación laboral se rige por el Derecho Privado y lo acordado en negociación colectiva.



D) Considera que la composición del Listado en el sistema de cobertura de vacantes no implica discriminación directa ni indirecta en las relaciones laborales (art. 17 ET), ni merma de los derechos laborales básicos (art. 4 ET).

Puesto que no estamos ante un supuesto de acceso a la Administración Pública, tampoco hay vulneración de los preceptos constitucionales (arts. 23 y 103) o legales (art. 2º EBEP) sobre acceso a la función pública. Concluye la sentencia señalando que en el listado provisional había más de 220 vacantes y, tras la aplicación de la norma impugnada han quedado más de 80 desiertas, que pueden ofertarse al público en general, norma, amparada en la negociación colectiva, que no incurre en la ilegalidad denunciada.

4. Recurso de casación, impugnación e Informe del Fiscal.

A) Frente a la indicada sentencia, con fecha 1 de junio de 2015, el Sindicato demandante interpone recurso de casación estructurado en dos motivos, ambos al amparo del artículo 207.e) LRJS :

Por infracción de los arts. 14, 23.2 y 103.3 de la CE .

Por infracción del art. 17, apartados 2 y 4 del ET .

En realidad se trata de dos motivos innecesariamente diferenciados, puesto que en ambos se adopta el mismo enfoque: la limitación convencional a dos colectivos (fijos discontinuos y personas con previa prestación de servicios) en orden a participar en la Fase 3 de la confección del listado para la cobertura de vacantes es contraria a Derecho, por desconocedora de los principios de publicidad e igualdad.

B) El 22 de julio de 2015 se presenta escrito de impugnación al recurso por parte de la mercantil empleadora. Clarifica el régimen jurídico aplicable a la misma e invoca diversos preceptos legales y sentencias constitucionales para cimentar su posición.

Dos días después accede a la Sala de instancia el escrito de impugnación presentado por el sindicato UGT. Acoge argumentos análogos a los de la resolución recurrida y aduce la interpretación asumida por la STS 18 septiembre 2014 (rec. 2323/2013) respecto de Aena.

Con idéntica fecha queda registrada la impugnación al recurso formalizada por el sindicato CGT-PV, asumiendo los argumentos de la sentencia cuestionada.

C) El 30 de noviembre de 2015 accede al Registro de este Tribunal el Informe elaborado por el Fiscal. En su extenso y fundamentado escrito, el Ministerio Público se muestra partidario de la desestimación del recurso.

Descarta que los preceptos sobre acceso a la Administración sean aplicables a TRAGSA (motivo 1º) y subraya lo genérico de las denuncias sobre discriminación en el acceso al empleo (motivo 2º).

SEGUNDO.- Alcance de la impugnación de convenios.

La modalidad procesal activada por CC.OO. posee una especial relevancia puesto que combina la satisfacción de intereses particulares con la depuración del ordenamiento jurídico. De ahí que convenga repasar los perfiles básicos de su alcance y condicionantes. A tal fin vamos a seguir la exposición contenida en la STS 438/2016, de 18 de mayo de 2016 (rec. 140/2015).

1. Alcance de la impugnación de convenios.

El artículo 163.3 LRJS prescribe que si el convenio colectivo ya hubiere sido registrado su impugnación "podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional".

Conforme al artículo 165.3 LRJS "la demanda contendrá, además de los requisitos generales, los particulares que para la comunicación de oficio se prevén en el artículo anterior, debiendo, asimismo, acompañarse el convenio y sus copias".

En concordancia, el precepto invocado (art. 164.1 LRJS) establece tres exigencias: "a) La concreción de la legislación y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio; b) Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos *de la ilegalidad* ; c) La relación de las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio impugnado".

Regulando los efectos y contenido de la sentencia, el artículo 166.2 LRJS dispone que "una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los *preceptos convalidados, anulados o interpretados* objeto del proceso".



Finalmente, el artículo 166.3 LRJS prescribe que "Cuando la sentencia sea *anulatoria, en todo o en parte*, del convenio colectivo impugnado y éste hubiera sido publicado, también se publicará en el Boletín Oficial en que aquél se hubiere insertado".

A la vista de ello, por lo tanto, la demanda interpuesta por CC.OO., está obligada a cumplir las exigencias del artículo 164.1 LRJS. La razón es bien sencilla: este precepto, ciertamente, se refiere a la comunicación de oficio que puede presentar la autoridad laboral para impugnar el convenio colectivo y en sí mismo sería inaplicable; ahora bien, el art. 165 LRJS dispone que ha de impugnarse el convenio "por los trámites del proceso de conflicto colectivo" (apartado 1), pero debiendo cumplir la demanda con los requisitos particulares que para la comunicación de oficio se prevén (apartado 3). Es decir, la remisión al procedimiento de conflicto colectivo va acompañada de esa otra, en tal caso a las exigencias de la demanda de oficio.

Mucho menos claro es el alcance de la sentencia que debe recaer, pues (como se desprende de la mera lectura de las expresiones subrayadas) en la Ley aparecen previsiones que indiquen a pensar en su posible funcionalidad interpretativa, mientras que otras apuntan solamente al control de la legalidad. Por ello conviene despejar la cuestión seguidamente.

2. Doctrina de la Sala.

Pese a la confusa redacción de la LRJS, el resultado del control judicial sobre la legalidad del convenio cuestionado debe ser el siguiente.

A través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación.

El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido.

Para descartar la ilegalidad solicitada cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo.

La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos.

Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

3. Conclusión.

De cuanto antecede deriva que si el examen del convenio aboca a la conclusión de que el precepto cuestionado (interpretado con arreglo a cuanto se haya expuesto en su fundamentación) puede conciliarse con el resto del ordenamiento, la sentencia que se dicte no debe ni declararlo ilegal, ni restringir de futuro su interpretación sino, simplemente, desestimar la demanda.

En nuestro caso, la sentencia recurrida ha indicado las razones por las que el cuestionado pasaje del artículo 27 del Convenio no colisiona con las exigencias de acceso a los empleos públicos. Solo si accedemos a conclusión opuesta deberemos casarla y anularla, desestimando el recurso en caso contrario y permaneciendo la motivación como "razones de decidir" en la fundamentación de la sentencia.

TERCERO.- Estatuto de TRAGSA como entidad empleadora.

Tanto la sentencia recurrida cuanto los escritos procesales cruzados entre las partes invocan diversas normas sobre las que hacen pivotar sus respectivas posiciones acerca de la naturaleza que posea TRAGSA. Se trata de cuestión muy relevante, ya que de ello depende la determinación de si se aplica el bloque normativo que disciplina el acceso al empleo público.

1. Normas aplicables.

Ordenadas cronológicamente, seguidamente se pasa revista a las principales referencias normativas que debemos aplicar para precisar el estatuto jurídico de TRAGSA; en ocasiones subrayaremos los pasajes más relevantes.

A) La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) dedica su Disposición Adicional Duodécima a las Sociedades mercantiles estatales, y sus dos primeros apartados poseen el siguiente tenor:

1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria,



contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y 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**.

B) La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas dedica su Título VII al Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado.

En su artículo 166.2 reitera que las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán por el presente título y 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.

C) En su versión vigente al momento de plantearse la demanda, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, identifica su ámbito aplicativo en su artículo 2º, cuyo apartado 1 menciona a la Administración General del Estado, así como a " los Organismos Públicos, Agencias y demás **Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas** " .

D) Mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Su artículo 3º sitúa dentro del sector público tanto a las entidades públicas empresariales cuanto a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100. Pero en su apartado 2 relaciona los entes que "tendrán la consideración de Administraciones Públicas" y entre ellos no aparecen las sociedades mercantiles.

Su Disposición Adicional Vigésimo quinta aparece rubricada como *Régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales* . De su extenso contenido interesa reproducir lo siguiente:

1. *El grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta, tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos, con arreglo a lo establecido en esta disposición.*

2. *TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.*

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla.

3. *El capital social de TRAGSA será íntegramente de titularidad pública.*

[...] 6. *Las sociedades del grupo TRAGSA no podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por los poderes adjudicadores de los que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a estas sociedades la ejecución de la actividad objeto de licitación pública.*

En el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos deberá ser inferior al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio.



[...] 8. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, las sociedades integradas en el grupo TRAGSA tendrán la consideración de poderes adjudicadores de los previstos en el artículo 3.3.

E) El RD 1072/2010, de 20 agosto, desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales. La norma se ocupa de la actividad de TRAGSA en sus relaciones con las Administraciones Públicas y sus poderes adjudicadores, en el ámbito de la acción administrativa dentro o fuera del territorio nacional, en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico. Por eso añade que " el resto de las actuaciones empresariales de TRAGSA y sus filiales se regirán por las **normas de general aplicación a las sociedades mercantiles** , sin perjuicio de su consideración de poder adjudicador a los efectos de lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público".

2. Doctrina constitucional.

La STC 8/2015, de 22 enero ha venido a confirmar las consecuencias de la tipología de entidades públicas que nuestro ordenamiento recoge y que resulta relevante a la hora de encuadrar la naturaleza de TRAGSA.

A) En el sector público ha de distinguirse entre el « *sector público administrativo* » al que se refiere el art. 3.1 LGP [AGE; Organismos autónomos dependientes y determinadas entidades públicas] y el « *sector público empresarial* ».

B) Dentro del sector público empresarial se encuentran las « *entidades públicas empresariales* », que «son entidades "dependientes de la Administración General del Estado, o de cualquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella" [art. 2.1 c) LGP].

Se trata de "Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propias vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas", quedando sujetas al Derecho administrativo "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación" [art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26/Noviembre]».

C) También dentro del sector público empresarial están las «*sociedades mercantiles estatales*» a que se refiere el art. 2.1.e) LGP.

Estas sociedades, «aunque forman parte del sector público empresarial estatal [art. 3.2 b) LGP], no son Administraciones públicas [art. 2.2 de la Ley 30/1992], de manera que "se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación"» [DA 12 LOFAGE y art. 166 Ley 33/2003, de 3/Noviembre].

Estas empresas «dependen mayoritariamente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales [SEPI]. Son los casos, por ejemplo, de la "Empresa de Transformación Agraria" [TRAGSA]».

3. Doctrina de la Sala.

Nuestra sentencia de 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014 ; Pleno) aborda el tema central que ahora se nos plantea, bien que en orden a la resolución del recurso suscitado respecto del despido colectivo, y sienta una doctrina que reproducimos seguidamente.

La claridad de la regulación legal -en su exposición por el intérprete constitucional máximo- hace que resulte ociosa cualquier otra consideración, como las efectuadas por la recurrida con apoyo, incluso, de afirmaciones literales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Sala III de este Tribunal Supremo.

Tales afirmaciones en manera alguna vinculan a esta Sala IV, entre otras razones porque las mismas se hacen en orden a un específico tema de debate -la libre competencia-, y por ello la doctrina sentada no puede surtir eficacia más allá de ese limitado objeto del proceso, que era el relativo a la incidencia que sobre la Ley de Defensa de la Competencia y las Directivas Comunitarias 92/50/CEE [18/Junio], 93/36/CEE [14/Junio] y 93/37/CEE [14/Junio], relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos -de servicios, suministros y obras respectivamente-, pudieran tener las «encomiendas» atribuidas por las AAPP a TRAGSA.

Y si bien a tales efectos manifestó la Sala III -es cierto- que «las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas, en su condición de medio propio y servicio técnico, tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado» (así, SSTS 29/09/00 -rec. 1161/98 -; y 30/01/08 -rec. 548/02 -), esta contundente afirmación no puede sacarse del concreto contexto en el que fue efectuada -libre competencia- ni puede extrapolarse a cuestiones ajenas a aquella materia, tal como derivar de ella consecuencia jurídico-laborales y atribuir a la relación de TRAGSA con sus empleados unos efectos diversos a los que dimanar de disposiciones legales -las arriba citadas y las que se dirán-, que destacan por su claridad, como ya dijimos.



4. Consideraciones para el caso.

A partir de cuanto antecede es claro que el recurso yerra al construir la premisa mayor de su razonamiento central. Los presupuestos sobre los que debe abordarse el examen sobre ilegalidad del convenio colectivo son los siguientes:

La empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de "Administración" a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos.

TRAGSA no es una entidad pública empresarial, sino una sociedad mercantil estatal.

La "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios.

Las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública.

Salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra.

Doctrina constitucional y de esta Sala conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleado público.

CUARTO.- Listas de empleo y acceso público(motivo 1º del recurso).

A partir de la anterior clarificación sobre la naturaleza de TRAGSA (pertenece al sector público, pero no es Administración, ni sus empleados quedan afectados por el EBEP) ya puede abordarse de manera directa la resolución de los temas de fondo suscitados en el recurso.

1. Formulación.

A) El primer motivo denuncia la infracción de los arts. 14 , 23.2 y 103.3 CE , así como las sentencias del Tribunal Constitucional que reseña. Son los preceptos sobre no discriminación, acceso a funciones públicas, respeto a los principios de mérito y capacidad.

Expone que conforme a los Convenios precedentes (IV y V), una vez superada la fase previa, las vacantes discutidas se proveían mediante la convocatoria de una Bolsa de Empleo. El Convenio impugnado (VI) se aparta de ello y contempla un Listado de Personal en el que solo pueden quedar integrados dos colectivos muy concretos.

Mantiene que en la elaboración de dicho Listado se deben cumplir con los requisitos de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; si bien estos dos últimos se cumplen, no así los de publicidad e igualdad.

B) El recurrente comparte con la fundamentación de la sentencia recurrida las consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de TRAGSA como sociedad mercantil estatal con forma de sociedad anónima, de capital público. Pero cree que, al actuar como mero ente instrumental de la Administración, no dispone de libertad de contratación equiparable al sector privado. Sostiene que su actividad resulta equiparable a la función pública, debiendo respetar los principios de igualdad y publicidad.

Como en el convenio existen limitaciones que impiden a los ciudadanos concurrir a la función pública se vulnera el derecho de, igualdad pues, aunque se actúe con observancia de la capacidad y mérito, padecen la publicidad y posibilidad general de acceso.

C) También se censura la reflexión final de la sentencia recurrida sobre la existencia de 80 plazas desiertas y ofrecidas a cualquier persona; considera que debieron ofrecerse 220 plazas, y no tan solo las 80 residuales.

2. Doctrina del Tribunal.

Nuestra citada sentencia de 20 octubre de 2015 (rec. 172/2014 ; Pleno) aborda el tema central que ahora se nos plantea, bien que en orden a la resolución del recurso suscitado respecto del despido colectivo, y sienta una doctrina que reproducimos seguidamente:

No cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público «administrativo» con el sector público «empresarial», pues «el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas» (ya citada STC 8/2015 , mismo FJ 9.a);

Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8); y

Incluso en el ámbito del sector público propiamente «administrativo» se ha mantenido que «el derecho que consagra el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal» (SSTC 24/1990, de 15/Febrero ; 25/1990/19/



Febrero ; 26/1990, de 19/Febrero ; 149/1990, de 1/Octubre ; y 156/1998, de 13/Julio , FJ 3), y que «el rigor con el que operan los principios constitucionales que se deducen de este derecho fundamental no es el mismo según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo», pues en sus vicisitudes «cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios» de mérito y capacidad, «en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales» (SSTC 192/1991, de 14/Octubre ; 200/1991, de 28/Octubre ; 293/1993, de 18/Octubre ; 365/1993, de 13/Diciembre ; 87/1996, de 21/Mayo ; y 38/2014, de 11/Marzo FJ 6).

Esas afirmaciones concuerdan con lo expuesto en la STS 18 septiembre 2104 (rec. 2323/2013): la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE .

3. Consideraciones del Tribunal.

A) Tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a la función pública, inaplicables aquí pues se trata de trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria. La Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión.

TRAGSA no está obligada a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública, en los términos planteados por el recurso. Desde esa perspectiva, no puede hablarse de un derecho de los ciudadanos (acceder a un empleo en esa entidad) que sea vulnerado por la regulación del convenio.

B) Doctrina constitucional y de esta Sala Cuarta conducen a que no pueda aplicarse el régimen de acceso al empleo público a la contratación laboral de TRAGSA. Ello, claro está, sin perjuicio de que sea deseable y lógico que se actúe con arreglo a esos principios, tal y como el convenio colectivo impugnado intenta.

C) Resulta esclarecedor recordar el Informe del Ministerio Fiscal en este punto: En el marco de la negociación colectiva representantes empresariales y sindicales han alcanzado un acuerdo para la cobertura de vacantes concediendo opción preferente para acceder a los puestos de trabajo a los trabajadores fijos discontinuos y a los que prestaron servicios durante seis meses, en periodos temporales próximos, acuerdo que por si mismo no supone una restricción o limitación a incorporarse a tales puestos de trabajo.

D) Dada la actividad predominante de la empresa (atención a emergencias, prevención y extinción de incendios forestales, conservación del medio ambiente, etc.) puede considerarse conveniente incorporar a trabajadores con la formación adecuada para prestar los servicios referidos sin que ello suponga vulneración de ninguna exigencia constitucional.

A pesar del notable esfuerzo dialéctico del recurrente, no es posible identificar a TRAGSA con la Administración Pública a fin de hacerla observar el cumplimiento de requisitos más estrictos que los propios de las relaciones privadas.

E) En el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias del derecho a la igualdad y la no discriminación, estas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente haciéndoles compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad.

Lo requerido constitucionalmente es que en todo caso la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

F) Por otro lado, en el recurso hay cierta contradicción interna: los colectivos "privilegiados" han debido acceder previamente a esa condición tras superar unas pruebas, respecto de las cuales no se realiza reflexión alguna.

O bien en ellas no se respetaban las exigencias constitucionales, lo que dejaría sin explicación que se cuestionase un efecto derivado y no el principal. O bien sí se observan esas garantías y carece de sentido reiterar su exigencia.

Respecto de los fijos discontinuos, por lo demás, las exigencias de la estabilidad en el empleo y el carácter de la contratación casarían mal con su postergación respecto de personas por completo ajenas a la empresa (cf. el vigente art. 16.2 ET).

G) Que los convenios precedentes contuviesen un sistema diverso en modo alguno constituye un argumento válido para cuestionar la validez del actual.



Por otro lado, en la medida en que se considere que los principios de publicidad e igualdad han de respetarse para acceder a empleos dentro de Tragsa, el convenio habría de interpretarse como respetuoso para con ellos. Lo que el art. 26 aborda es cómo se desarrolla la fase 3 de un complejo proceso de cobertura de vacantes y no, propiamente, el acceso al empleo inicial (presupuesto de la pertenencia a los dos colectivos de referencia). De hecho, el artículo 23 del propio convenio colectivo ("Estabilidad en el empleo") establece unas garantías "sin perjuicio de lo que en cada momento se establezca sobre esta materia en la normativa de referencia para el personal al servicio del sector público".

Por las razones expuestas en el Fundamento precedente, esta posibilidad de interpretar el convenio de acuerdo con el marco normativo general, debe evitar que se declare su ilegalidad.

4. Desestimación.

Las razones que anteceden conducen, conforme a la doctrina constitucional y a la de esta Sala, al fracaso del motivo primero del recurso.

QUINTO.- Exclusiones y preferencias en el acceso al empleo (motivo 2º del recurso).

1. Formulación.

El segundo motivo denuncia la infracción de los apartados 2 y 4 del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores. El primero de ellos permite que por Ley puedan establecerse exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente. El segundo contempla la posibilidad de medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las personas del sexo menos representado.

La ausencia de justificación objetiva alguna para las referidas exclusiones genera una discriminación proscrita por el art. 14 CE y preceptos concordantes del ET.

2. Consideraciones del Tribunal.

A) A primera vista se comprueba que las disposiciones de legalidad ordinaria invocadas por el motivo no tienen encaje en el supuesto examinado, pues las normas citadas no contienen previsión alguna aplicable a los trabajadores de que se trata (fijos discontinuos, empleados previos), pues no se incluyen exclusiones ni preferencias, tal como puntualiza, de manera quizá poco explícita pero precisa, la sentencia recurrida.

B) El recurrente se limita a una argumentación genérica de la que no es posible deducir la infracción atribuida a la sentencia recurrida. Parece apuntar a la existencia de una discriminación, pero lo cierto es que, como se expuso, los diferentes sistemas de cobertura de vacantes tienen una justificación objetiva y razonable en razón a la naturaleza y circunstancias de la actividad empresarial, pues la promoción laboral regula de forma diferente la acreditación de trabajadores según su cualificación contrastada en la empresa.

C) Hay que insistir, además, en la idea de que el acceso a la condición de fijo-discontinuo o de contratado temporal es previa y que respecto de ellas nada se cuestiona en el recurso. Escapa a nuestra competencia el examen de tal cuestión, lo que equivaldría a construir el recurso en este pasaje.

Dejando al margen esa vertiente, lo cierto es que la descrita regulación convencional aporta elementos razonables para realizar la baremación de quienes solicitan integrarse en una lista para ocupación de vacantes. La invocación de jurisprudencia constitucional sobre acceso restringido a empleos públicos vuelve encontrarse con el problema ya expuesto al analizar el Fundamento anterior: las normas y exigencias sobre función pública no juegan en el caso de TRAGSA.

D) Lo que prohíben las disposiciones cuya infracción denuncia el recurrente es la discriminación en el acceso al empleo como consecuencia de la pertenencia a uno de los colectivos tradicionalmente segregados.

Constituye un claro desenfoque del recurso el combatir la sentencia aduciendo que en norma alguna se permite privilegiar a los colectivos aludidos por el convenio. Lo que debe hacerse es argumentar las razones de la ilegalidad, no cuestionar los motivos de la regulación. Además, la discriminación siempre se construye por referencia a colectivos vulnerables como los relacionados, precisamente, en los preceptos invocados por el recurso.

3. Desestimación.

Las razones ya expuestas abocan al fracaso de este segundo motivo del recurso.

QUINTO.- Resolución.

Fracasados los dos motivos del recurso, existiendo argumentos (constitucionales, legales, jurisprudenciales) para sostener la validez del precepto impugnado, incluso cohonestado con los principios de acceso en



condiciones de igualdad y publicidad al empleo, hemos de desestimar la pretensión de declarar ilegal el pasaje del artículo 23 impugnado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Valencia, representada y defendida por el Letrado Sr. Monteagudo López, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 22 de mayo de 2015, en autos nº 13/2015, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA), Sindicato Unión General de Trabajadores de Valencia (UGT), Sindicato Confederación General del Trabajo de Valencia (CGT-PV), Ministerio Fiscal y el Sindicato Profesional de Policías Locales y Bomberos, sobre impugnación de convenio colectivo. 2º) Confirmar la sentencia recurrida y declarar su firmeza. 3º) No imponer costas derivadas del presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL ALCEGA