



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de mayo de 2009, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 20 de abril de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx, para declarar la nulidad del acto administrativo de formalización de un contrato de trabajo por tiempo indefinido*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de abril de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 402/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- El 19 de diciembre de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de xxxxx acuerda iniciar un procedimiento de revisión de oficio del contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, formalizado con Dña. xxxx1, como auxiliar administrativo, el 1 de enero de 2008, por considerar que concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la contratación).



Consta en el expediente remitido que la trabajadora prestó los siguientes servicios en el Ayuntamiento:

- Del 26 de julio al 23 de octubre de 2005: Contrato de trabajo a tiempo completo, por obra o servicio determinado (código de contrato 401), para "obras de utilidad pública", al amparo de la Orden PAT/187/2005. Prestó servicios como obrero, incluido en la categoría "10.Peón".

- Del 24 de octubre de 2005 al 23 de enero de 2006: Contrato de trabajo a tiempo parcial, eventual por circunstancias de la producción (código de contrato 502), por "acumulación en servicios administrativos", indicándose en el contrato como actividad "clasificación y archivos de libros en Biblioteca Municipal". Prestó servicios como administrativo, incluido en la categoría "07.Auxiliar". Dicho contrato se prorrogó hasta el 24 de abril de 2006.

- Desde el 24 de abril de 2006 hasta la terminación de trabajos: Contrato de trabajo a tiempo parcial, por obra o servicio determinado (código de contrato 501), para la "reestructuración de archivo municipal". Prestó servicios como administrativo, incluido en la categoría "07.Auxiliar".

- Del 1 de agosto al 29 de octubre de 2006: Contrato de trabajo a tiempo completo, por obra o servicio determinado (código de contrato 401), para "apoyo a Bibliotecas y Archivos Municipales". Prestó servicios como auxiliar, incluido en la categoría "07.Auxiliar".

- Del 30 de octubre de 2006 al 29 de abril de 2007: Contrato de trabajo a tiempo parcial, eventual por circunstancias de la producción (código de contrato 502), por "acumulación en servicios administrativos". Prestó servicios como administrativo, incluido en la categoría "07.Auxiliar".

- Del 30 de abril al 29 de julio de 2007: Contrato de trabajo a tiempo parcial, eventual por circunstancias de la producción (código de contrato 502), por "acumulación en servicios administrativos". Prestó servicios como administrativo, incluido en la categoría "07.Auxiliar". El 29 de julio de 2007 se acordó la conversión del contrato temporal en contrato indefinido (código de contrato 289).



No figura en el expediente remitido ningún documento relativo a la finalización o suspensión de este contrato, ni a la fecha en que ésta pudo producirse. No obstante el carácter indefinido de este último contrato, el 3 de octubre de 2007 el Ayuntamiento formalizó con Dña. xxxx1 un contrato de trabajo a tiempo completo, por obra o servicio determinado (código de contrato 401), para “apoyo de utilidad pública”. Este contrato, realizado al amparo de la Orden ADM/1380/2007, de 22 de agosto, expiró el 31 de diciembre de 2007. Prestó servicios como auxiliar, incluido en la categoría “07.Auxiliar”.

Obra, asimismo, en el expediente, la siguiente documentación:

1.- Escrito del Secretario Accidental del Ayuntamiento por el que se notifica a Dña. xxxx1 la “Resolución de Alcaldía, dictada el día 5 de diciembre de 2007, de reconocimiento (o autorización) de la finalización de la situación administrativa de excedencia voluntaria”, “es decir, la reincorporación a la plantilla de personal de este Ayuntamiento, como auxiliar administrativo, desde la fecha del 1 de enero de 2008, en los términos y condiciones pactadas y recogidas en el contrato de fecha 30 de abril de 2007 (...)”.

2.- Contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (código de contrato 200), suscrito el 1 de enero de 2008, en el que figura que la trabajadora prestará servicios como auxiliar administrativo, incluido en la categoría “07. Auxiliar Administrativo”, y en el que se establece un periodo de prueba de 2 meses.

3.- Parte médico de baja de incapacidad temporal por contingencias comunes de la trabajadora, fechado el 7 de marzo de 2008.

4.- Certificado de empresa para la solicitud de maternidad, en el que consta como fecha de inicio del descanso maternal, el 27 de junio de 2008.

5.- Escrito de la trabajadora, presentado el 2 de octubre de 2008, en el que solicita el disfrute del periodo de vacaciones al finalizar el descanso por maternidad (el 17 de octubre de 2008), y, terminadas las vacaciones, la excedencia para el cuidado de su hijo durante un periodo de un año.



6.- Resolución de la Alcaldía, de 10 de octubre de 2008, por la que se autoriza el disfrute de las vacaciones, y se concede la excedencia por cuidado de hijo (hasta el 15 de noviembre de 2009).

7.- Escrito, de fecha 16 de octubre de 2008, del Alcalde en el que solicita al Servicio de Asistencia al Municipio de la Diputación de xxxx2, un informe sobre los siguientes aspectos:

a) Legalidad de la contratación de la trabajadora como personal laboral indefinido, ya que en ningún momento se ha convocado un proceso selectivo ni existe una plaza creada en la plantilla de personal como auxiliar administrativo.

b) Efectos de la finalización-interrupción del contrato por dos días de un contrato indefinido por voluntad del trabajador, preguntando de forma expresa si interrumpe la antigüedad que tenía el trabajador si al tercer día se le hace un nuevo contrato.

c) Si existe la posibilidad de despido de la trabajadora, y si éste se puede producir durante el periodo de excedencia para el cuidado de hijo.

d) Procedimiento a seguir para regularizar la situación, en caso de que la existente no sea correcta.

8.- Informe de 30 de octubre de 2008, del Secretario-Interventor del Servicio Jurídico de Asistencia a Municipios, en el que, tras responder a las cuestiones planteadas, concluye que procedería iniciar un procedimiento de revisión de oficio del contrato de trabajo suscrito el 1 de enero de 2008.

Segundo.- El 30 de enero de 2009, fue remitido el expediente al Consejo Consultivo para la emisión de dictamen.

Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, de fecha 24 de febrero de 2009, se inadmitió a trámite la consulta formulada por el Ayuntamiento, al no constar en el expediente remitido ni la documentación acreditativa de la concesión del trámite de audiencia a la interesada ni la propuesta de resolución.



Tercero.- A la vista de este acuerdo, el Ayuntamiento concede el trámite de audiencia a la trabajadora, si bien no consta que haya presentado escrito de alegaciones o documentación alguna.

Cuarto.- La propuesta de resolución, fechada el 18 de marzo de 2009, considera que procede “declarar nulo de pleno derecho el acto administrativo de formalización del contrato laboral de carácter indefinido suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y Dña. xxxx1 con fecha 1 de enero de 2008, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido en el artículo 55.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en el artículo 103, en relación con el artículo 91, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local”.

Quinto.- Con fecha 18 de marzo de 2009, se acuerda suspender el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del procedimiento de revisión de oficio, por el tiempo que medie entre la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción de éste por el Ayuntamiento.

Dicho acuerdo se notifica a la trabajadora el 20 de marzo de 2009.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas



y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Pleno del Ayuntamiento, según dispone el artículo 110.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 22.2.j) de dicha Ley, al ser el órgano supremo de la Corporación, "pues en definitiva, significa la instancia revisora en el ejercicio de una acción administrativa, con matices próximos a la acción judicial", y el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales está atribuida al Pleno del Ayuntamiento por el citado artículo 22 de la Ley 7/1985 (Dictamen del Consejo de Estado 1.420/1993, de 2 de diciembre). Criterio que ha sido acogido por este Consejo Consultivo (entre otros, Dictámenes 857/2006, de 11 de octubre, 931/2006, de 9 de noviembre, y 299/2007, de 26 de abril).

Éste es, además, el criterio sostenido por la jurisprudencia, que mantiene que "el acuerdo resolutorio deberá ser, al menos por su trascendencia, adoptado por el Pleno Corporativo" (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987, entre otras).

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio, tramitado por el Ayuntamiento de xxxxx, del acto administrativo de formalización del contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito con Dña. xxxx1, como auxiliar administrativo, el 1 de enero de 2008.

El artículo 4.1.g) de la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, reconoce con carácter general a los municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de naturaleza territorial, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, dentro de la esfera de sus competencias. Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley establece que, sin perjuicio de las específicas previsiones de sus artículos 65, 67 y 110, "las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común"; y en los mismos términos se pronuncia el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de



noviembre. Dicha remisión a la legislación estatal sitúa actualmente la cuestión en los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no contempla un procedimiento específico para la revisión de oficio de los actos administrativos, sino que se limita a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Por ello, resultan de aplicación las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, contenidas en el título VI de la citada Ley.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, puede afirmarse que el procedimiento se ha tramitado de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así, figura el acuerdo de iniciación adoptado por el Pleno, la concesión del trámite de audiencia a la trabajadora afectada - que no ha presentado alegaciones, según certifica la Secretaria del Ayuntamiento-, y la propuesta de resolución. Asimismo, se ha incorporado al expediente un informe del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial, relativo a la eventual concurrencia de causas de nulidad en el contrato de trabajo. Finalmente, la exigencia de informe del Consejo Consultivo se cumple con la emisión del presente dictamen.

No consta, sin embargo, el acuerdo de nombramiento de instructor del procedimiento y su notificación a la trabajadora interesada; si bien se infiere del expediente que la actuación instructora se ha realizado directamente por el Alcalde.

Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto que no se ha producido la caducidad del procedimiento de revisión de oficio. El artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "cuando el procedimiento (de revisión) se hubiere iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo".

En el presente caso, el procedimiento ha sido incoado de oficio mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 19 de diciembre de 2008, habiéndose suspendido el plazo máximo para dictar y notificar la resolución, mediante Acuerdo del Alcalde, de 18 de marzo de 2009 (notificado a la interesada el 20 de marzo), es decir, antes de expirar el plazo de tres meses citado.



Teniendo en cuenta lo anterior, y que tampoco ha transcurrido el plazo máximo de suspensión establecido en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es claro que el procedimiento no ha caducado.

4ª.- El Ayuntamiento pretende declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de trabajo por tiempo indefinido, suscrito el 1 de enero de 2008, por considerar que concurre la causa prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la contratación de la trabajadora.

En relación con esta causa de nulidad, es doctrina reiterada del Consejo de Estado (Dictámenes 173/2008, de 30 de abril, y 2.002/2008, de 11 de diciembre) que, "para que sea aplicable, es necesario que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad" (Dictámenes 542/1996, de 7 de marzo; 926/1997, de 3 de abril; 4.894/1997, de 23 de octubre; 6.175/1997, de 19 de febrero de 1998). En otros dictámenes (2.301/1998, de 10 de septiembre) se dice que "es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro (...) debiendo justificarse cumplidamente que se ha producido alguna anomalía esencial en su tramitación". En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo, al requerir "omisiones sustanciales y de entidad, equiparables a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento" (Sentencia de 12 de julio de 1993) o bien al entender que se produce por "el seguimiento de un procedimiento completamente opuesto al correcto" (Sentencia de 20 de abril de 1990). E, igualmente, otros dictámenes que exigen "omisiones sustanciales y de entidad, equiparable a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento" (Dictamen 906/1996, de 28 de marzo), o una omisión de "hitos esenciales" del procedimiento (Dictámenes 45.853, de 17 de noviembre de 1983, y 1.532/1992, de 4 de marzo de 1993).

Sobre la misma cuestión, el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 1.365/2008, de 13 de noviembre, expone que este motivo de nulidad "supone una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de tramitación. La ausencia total de procedimiento debe ser entendida en el sentido de que no existan los engarces formales necesarios en el *iter* administrativo para concluir en el acto que se



pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final (Dictámenes 2.756/96, de 25 de julio, y 1.950/2004, de 23 de septiembre). Ni siquiera la omisión del trámite de audiencia da lugar `siempre y de forma automática´ a la nulidad por esta causa (Dictamen 3.035/95, de 25 de abril), sino que resulta necesario, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991, `ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión en la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido´.

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.

- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.

- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

5ª.- La primera cuestión que se plantea en el presente caso, es la relativa a la existencia o no de un acto administrativo susceptible de ser revisado.

La propuesta de resolución pretende la anulación del "acto administrativo de formalización del contrato laboral". Ello obliga a analizar si procede o no revisar de oficio una relación contractual del Ayuntamiento con un tercero, regida por normas distintas a las del Derecho Administrativo (en este caso, por las normas la legislación laboral).

Esta cuestión ha sido examinada por el Consejo de Estado y por algunos Consejos Consultivos, existiendo asimismo algunos pronunciamientos judiciales.



El Consejo de Estado, en su Dictamen 202/1994, de 15 de junio, abordó expresamente este asunto, señalando que, ante la pretensión de revisión de oficio de un contrato de trabajo, caben dos posiciones teóricas:

- Por un lado, considerar que la cuestión habría de ser resuelta por la jurisdicción social, sobre la base del artículo 177.2 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril ("el régimen de [las relaciones laborales] será, en su integridad, el establecido en las normas de derecho laboral"). En este sentido, el Consejo de Estado manifestó en varios dictámenes, que "las relaciones bilaterales entre partes (...) solo la jurisdicción competente puede anular" (Dictamen 43.467), por lo que habrá que "solicitar de los Tribunales la resolución del contrato" (Dictamen 44.085).

Por ello, dicho órgano mantenía, siguiendo esta doctrina, que no procedería la aplicación de un procedimiento excepcional como la revisión de oficio, al ser inadecuado para incidir en una relación bilateral sometida, no al ordenamiento jurídico administrativo, sino a la legislación laboral -cuya mejor tutela se obtiene a través de la jurisdicción laboral-.

- Frente a esta tesis, el Consejo de Estado mantiene actualmente que, en la configuración de las relaciones contractuales, cabe distinguir una fase de preparación, cuya aplicación al supuesto examinado puede apoyarse en lo dispuesto en el artículo 177.1 del texto refundido mencionado, según el cual, "la selección de personal laboral se rige por lo establecido en el artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril". Este último precepto exige el "respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos", y se remite a lo previsto en el artículo 91 de la misma ley, cuyo apartado 2 dispone: "La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Según el Consejo de Estado, estos condicionamientos previos de la relación laboral que se establezca mediante contrato, permiten introducir el



concepto de “acto separable” en la contratación laboral de las Administraciones Públicas.

Expone que “el fundamento lógico de dicha categoría no es otro que la diversa legalidad que incide sobre la Administración Pública. Por una parte, la Administración, tanto la del Estado como las Locales, son personas jurídicas, configuradas y reguladas por una especial rama del Derecho Público, el Administrativo, que se relaciona con terceros de acuerdo, ya con normas del mismo Derecho Administrativo, ya con otras normas de Derecho Público, ya con normas de Derecho Privado, ya, en fin, como es el caso presente, con normas de Derecho Laboral. Ello permitiría distinguir, en consecuencia, dos planos de legalidad. El que configura la Administración y regula la producción de sus actos, y el que regula las relaciones que, mediante dichos actos, la Administración pueda llegar a establecer con terceros. Esto es lo que la doctrina más autorizada en la materia ha llamado “doble legalidad”.

Añade que “la propia legalidad administrativa incide sobre la Administración en dos sentidos. No sólo configura su personalidad, como es propio de toda persona jurídica, sino que, en virtud de la vinculación positiva que, para la Administración, implica el principio de legalidad, se establece un procedimiento ineludible de decantación y formulación de la voluntad administrativa, unos límites infranqueables a la potestad que dicha voluntad ejerce y unos fines fungibles a los que dicha potestad debe servir y dicha voluntad debe orientarse. Fuera de tales condicionamientos, la Administración no actúa legítimamente como tal”.

Por ello, considera que la categoría de “acto separable”, que ya es general y no solo relativa a la contratación administrativa (cuya legislación es la única que la recoge de forma expresa), permite distinguir los actos antecedentes, condicionantes o preparatorios de la relación ulterior, contractual o no, que se regirán por el Derecho Administrativo, “sin perjuicio de que, en su momento, la declaración de voluntad de esas Administraciones Públicas dé lugar a una relación ajena al Derecho Administrativo regulado por el Derecho Internacional, Civil, Mercantil o, como en este caso, Social”.

La aplicación de la doctrina de los actos separables a la contratación laboral ha sido también admitida por el Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª), en Sentencia de 18 de octubre de



1999, para diferenciar “entre el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración pública, y la actividad administrativa, que lo precederá, de selección de la persona particular con la que se convendrá dicho vínculo laboral. La observancia del mandato del art. 23.2 CE se ha de desarrollar, no a través del contrato, sino mediante esa actividad anterior de selección”.

En el mismo sentido se han pronunciado otros Consejo Consultivos: así, el de la Comunidad Valenciana (Dictamen 545/2001, de 20 de diciembre), y el de Andalucía (Dictámenes 80/1998, de 20 de julio, 289/2006, de 12 de julio, y 770/2008, 29 de diciembre).

Finalmente, cabe citar también la doctrina que, sobre esta cuestión, mantiene el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, en sus Dictámenes 122/2001, de 12 de noviembre, y 150/2002, de 19 de diciembre:

“Como punto de partida antes de entrar a analizar la concurrencia o no de los motivos de nulidad alegados en el caso sometido a dictamen y dada la indeterminación en la designación del acto administrativo objeto de revisión, es preciso individualizar el mismo, para lo que, en concordancia con lo dispuesto en el dictamen de este Consejo 122/2001, de 12 de noviembre, se estima necesario reiterar la doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que en su Sentencia de 12 de enero de 1999, para un supuesto similar al presente, afirmaba que ‘la decisión administrativa de contratar a [... determinados trabajadores] se plasmó precisamente en los contratos formalizados; el contrato era así y por voluntad exclusiva de la Administración, acto administrativo y contrato laboral, o al menos éste conllevaba la previa decisión de contratar por parte de la [Administración]’.

»A la vista de tal pronunciamiento hemos de entender que el contrato suscrito entre el Ayuntamiento (...) y el interesado es a la vez expresivo de la relación laboral existente entre ambas partes y de la voluntad administrativa que dio lugar a la misma, pudiendo hablar de que existe un verdadero acto administrativo de fecha (...) expresado en dicho contrato, del que es posible, por tanto, cuestionar su legalidad, analizando si se encuentra afectado por algún vicio de nulidad de pleno derecho”.



6ª.- En el asunto examinado, la actuación administrativa que determinó la voluntad de contratar a la trabajadora ha de estar sometida al Derecho Administrativo, en virtud de la doctrina de los “actos separables” antes expuesta, rigiéndose la relación laboral subsiguiente por el Derecho Laboral, conforme dispone el artículo 177.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

La normativa administrativa aplicable a la selección de personal laboral por las Entidades Locales, es la recogida en los artículos 91 y 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, el artículo 177.1 del texto refundido citado, y el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Este último precepto enumera los principios que deben regir el acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, y establece lo siguiente:

“1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

»2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

- »a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- »b) Transparencia.
- »c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- »d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- »e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.



»f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”.

Del expediente remitido se desprende con claridad que la contratación de la trabajadora, por tiempo indefinido, el 1 de enero de 2008, se ha realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, toda vez que, según manifiesta el Ayuntamiento, no se ha realizado un proceso selectivo y la plaza para la que fue contratada no está contemplada en la plantilla de personal.

Por ello, a la vista de lo expuesto, este Consejo considera que, en el presente caso, concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En este mismo sentido se manifiesta el Consejo de Estado (Dictamen 202/94, de 15 de junio), cuando indica, en relación con los actos expresos en virtud de los cuales una autoridad municipal celebró expresamente contratos indefinidos, apartándose de las exigencias legales mencionadas, que “los actos de prestación del consentimiento contractual, en virtud de las consideraciones anteriores tenidos por separables, están afectos de nulidad radical, y como tal, puede y deben ser declarados a través del correspondiente procedimiento de revisión de oficio”.

Asimismo, no puede dejar de advertirse de que la omisión de procedimiento de selección alguno y la formalización directa del contrato de trabajo, implican también la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; lo que, a juicio de este Consejo Consultivo, permitiría apreciar la concurrencia de la causa prevista en la letra a) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (actos que lesionen derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional).

7ª.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad del contrato de trabajo, el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que “Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley (...)”.



La ausencia de referencia alguna sobre la eventual producción de daños, así como, en su caso, sobre su valoración, impide a este Consejo pronunciarse sobre este extremo. No obstante, se estima oportuno advertir al Ayuntamiento sobre la conveniencia de tener en cuenta la previsión del artículo 102.4 en la resolución final que dicte.

Por lo demás, la declaración de nulidad del contrato de trabajo producirá los efectos previstos en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el abono de los servicios prestados hasta la fecha en que se declare la nulidad, como si el contrato hubiera sido válido.

8ª.- Finalmente, este Consejo advierte la presencia de indicios de irregularidades en las sucesivas contrataciones de la trabajadora.

a) La propuesta de resolución se refiere, como acto cuya nulidad se pretende, al contrato de trabajo suscrito el 1 de enero de 2008. Sin embargo, la trabajadora ha sido contratada sin solución de continuidad desde el 26 de julio de 2005 (con la única excepción, según afirma el Ayuntamiento, de los días 1 y 2 de octubre de 2007); lo que permitiría considerar que, si tales contrataciones tampoco hubieran seguido los procesos selectivos exigibles, los contratos de trabajo formalizados estarían también incurso en causa de nulidad de pleno derecho, con las consecuencias que de ello se derivarían (devolución de las ayudas en el caso de contratos subvencionados, etc.).

b) Por otra parte, la referencia a la existencia de una excedencia voluntaria de la trabajadora y a la reincorporación de éste a la plantilla el 1 de enero de 2008, en los términos y condiciones pactadas y recogidas en el contrato de fecha 30 de abril de 2007, suscita dudas sobre su realidad:

- No figura en el expediente la resolución por la que se declaró a la trabajadora en situación administrativa de excedencia voluntaria, por lo que se desconoce la clase de excedencia en la que, en su caso, se encontraba.

- La situación administrativa de excedencia voluntaria (con independencia de la clase) reconocida a la trabajadora no parece compatible con la vinculación que ésta mantenía con el Ayuntamiento a través de un nuevo



contrato de trabajo de duración determinada -celebrado el 3 de octubre de 2007, y cuya duración se extendió hasta el 31 de diciembre de 2007-.

En el supuesto de que no se le hubiera declarado esa situación administrativa, tampoco consta documento alguno relativo a la extinción o suspensión del contrato de trabajo de duración determinada celebrado el 30 de abril de 2007, cuya conversión en indefinido se acordó el 29 de julio de 2007.

c) Salvo que el convenio colectivo aplicable permitiera la ampliación de plazo, parece que se ha vulnerado lo previsto en el artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

A pesar estas presuntas irregularidades, cabe traer a colación la Sentencia de 19 de enero de 1996, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declaró al respecto lo siguiente:

“La consagración de las Administraciones Públicas al servicio del interés general y la especial proyección del principio de igualdad en la actuación de los poderes públicos, así como la previsión constitucional sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (arts. 14 y 23 CE), han determinado que el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo no sean los únicos preceptos aplicables a la contratación laboral de las personas públicas y que muchas otras leyes establezcan determinadas limitaciones -sustantivas y de procedimiento- que vienen a establecer un auténtico régimen especial de contratación laboral cuando el empleador es una Administración Pública; y estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades en las contrataciones o en la asignación de funciones no pueden dar lugar a consecuencias que vulneren reglas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo y la reserva funcionarial, puesto que -como señala la STS 24 abril 90, Ar. 3490- el ordenamiento laboral parte de la protección del trabajador frente a las actuaciones que, a partir de una posición de desigualdad contractual, pueden imponer condiciones de trabajo inferiores a las legales, mientras que el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales, de manera que ante la eventual existencia de una



conurrencia conflictiva entre las normas laborales y las específicas que regulan la contratación de las Administraciones Públicas deben prevalecer estas últimas, en atención a su carácter de normas especiales; y así lo ha estimado el TC en su A 858/88 (4 julio), al afirmar que «es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (art. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración». Por consecuencia de todo lo dicho y por entender concurrentes las infracciones que se denuncian (...)”.

Por último, no compete a este Consejo Consultivo pronunciarse sobre la situación laboral de la trabajadora, la cual podrá ejercitar, en su caso, las acciones que considere oportunas en defensa de sus derechos ante la jurisdicción social.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede declarar la nulidad del acto administrativo de formalización de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, suscrito por el Ayuntamiento de xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.