

Dictamen n^o: **388/12**
Consulta: **Alcalde de Nuevo Baztán**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **27.06.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de junio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Nuevo Baztán, a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre revisión de oficio de contratación laboral realizada a espaldas de los principios de publicidad y concurrencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 1 de marzo de 2012 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo en relación con el expediente de revisión de oficio de las sucesivas contrataciones laborales realizadas a favor de D.L.I. por el Ayuntamiento de Nuevo Baztán.

Admitida a trámite dicha solicitud en la fecha aludida, se le asignó el número de expediente 135/12, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen tal como dispone el artículo 34.1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, correspondiendo su ponencia por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier Casas Estévez.

El 29 de marzo de 2012, el Presidente del Consejo Consultivo, a solicitud del presidente de la Sección III y previo informe favorable de la Comisión Permanente, acordó solicitar del Ayuntamiento de Nuevo Baztán la ampliación del expediente administrativo, con suspensión del plazo para emitir dictamen.

La solicitud fue recibida en dicha corporación municipal el 4 de abril, y atendida mediante oficio del alcalde-presidente de 14 de mayo de 2012, que tuvo entrada en el Consejo Consultivo el día 28, fecha en que se reanudó el plazo para la emisión de dictamen.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Nuevo Baztán, así como de la ampliación del mismo a solicitud de este órgano consultivo, se desprenden los siguientes hechos relevantes para la emisión del dictamen:

1. D.L.I. (en adelante *“el interesado”*) fue contratado el 11 de noviembre de 2008 por el Ayuntamiento de Nuevo Baztán, junto a otros trabajadores desempleados remitidos por la Oficina de Empleo del Servicio Regional de Empleo, con vistas a su participación en la realización del proyecto de obras o servicios denominado *“Consolidación y modernización de los servicios municipales. Continuidad en la actualización e informatización de los archivos municipales. Refuerzo de los servicios deportivos municipales”*.

2. El interesado fue contratado de nuevo (también por vínculo laboral) por el mismo Ayuntamiento el 7 de septiembre de 2009, esta vez para su participación en la realización del proyecto de obras o servicios denominado *“Continuidad del proyecto de modernización, actualización e informatización de la gestión administrativa municipal”*.

3. Con fecha 8 de marzo de 2010 se ha procedido a una tercera contratación del mismo interesado, esta vez como auxiliar administrativo

de almacén, y sin relación a ningún programa de ocupación de desempleados. La modalidad contractual es de duración determinada por interinidad, a tiempo completo, con una jornada de 35 horas semanales de lunes a viernes y retribución de 1.761,81 euros brutos.

4. En sesión del Pleno del Ayuntamiento de 9 de julio de 2010, los concejales de los grupos IU, PSOE, PNB y CDNB solicitaron la emisión de un informe sobre la legalidad de la contratación laboral del interesado.

5. Con fecha 4 de febrero de 2011, la Secretaría del Ayuntamiento de Nuevo Baztán, cumplimentando el acuerdo anterior, emitió informe desfavorable a la contratación del trabajador por haberse realizado, de un lado, sin convocatoria pública y a espaldas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y, de otro, por infracción del deber de abstención de la anterior Alcaldesa, madre del interesado.

6. Consta por otra parte que, con fecha 7 de septiembre de 2011, la Fiscalía de Área de Alcalá de Henares solicitó informe de la Secretaría municipal sobre la concurrencia de los requisitos legales en la contratación del interesado. En respuesta a ello, la Vicesecretaría-Intervención informó el 22 de septiembre en el sentido de no constar en los archivos municipales ningún procedimiento de selección del empleado, lo que podría constituir causa de nulidad de pleno derecho de conformidad con los artículos 55 y 67.1 del EBEP y 91.2 de la LRBRL en relación con las causas de nulidad del artículo 62.1.a) y e) de la LRJ-PAC.

7. El Pleno del Ayuntamiento de Nuevo Baztán, mediante acuerdo de 25 de noviembre de 2011, adoptado por unanimidad, decretó la incoación de procedimiento de revisión de oficio de la contratación laboral del interesado, iniciando su tramitación, por concurrir en la contratación laboral efectuada con fecha 8 de marzo de 2010 las causas de nulidad de pleno derecho de los artículos 62.1.a), e) y f) de la LRJ-PAC.

8. El 28 de diciembre de 2011 el interesado presentó escrito de alegaciones en que, como argumento principal, sostenía haber sido seleccionado para su contratación por el Ayuntamiento en virtud de preselección del Servicio Regional de Empleo, realizada al amparo de la Orden 3712/2008, de 19 de diciembre, de la Consejera de Empleo y Mujer, por la que se convocan para el año 2009 subvenciones en el ámbito de colaboración de las Corporaciones Locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obra y servicios de interés general y social.

9. El 2 de febrero de 2012 el Alcalde de Nuevo Baztán firmó propuesta de resolución en que propone se proceda, previo dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, a declarar la nulidad de la contratación laboral del interesado en relación con las causas de nulidad de los artículos 62.1.a), e) y f) de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC). En la misma fecha, y por la misma autoridad, se acordó la suspensión del plazo para resolver el procedimiento de revisión de oficio.

TERCERO.- El alcalde de Nuevo Baztán, a través del vicepresidente primero, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno, de conformidad con el artículo 14.3 de la Ley del Consejo Consultivo, formula mediante oficio de 2 de febrero de 2012 que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 2 de marzo, preceptiva consulta por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de junio de 2012.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada y una vez

producida su ampliación a requerimiento de este órgano consultivo, se consideró suficiente.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del alcalde-presidente de Nuevo Baztán, cursada a través del vicepresidente, consejero de Cultura y Deporte y portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley en relación con el artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El Ayuntamiento de Nuevo Baztán está legitimado para recabar dictamen de este Consejo Consultivo en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley del Consejo, donde se establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado, entre otros asuntos, en los expedientes tramitados por las entidades locales sobre la posible revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes.

Por remisión, debe traerse a colación el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, en que se establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos *en plazo*. Para ello será necesario, desde un punto de vista material, que concurra en el

acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC, y, desde el punto de vista del procedimiento y garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que este tenga sentido favorable.

De este artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 y 2 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDA.- El objeto del procedimiento de revisión sometido a consulta lo constituye, como ya se ha indicado anteriormente, la contratación laboral del interesado como auxiliar administrativo de almacén, efectuada mediante documento contractual de 8 de marzo de 2010.

La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales 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.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas

corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 102 a 106 y concordantes de la Ley 30/1992, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa.

TERCERA.- Debe aclararse con carácter previo que el acto sujeto a revisión es un acto administrativo separable de la contratación laboral, sujeto a la normativa administrativa y susceptible de control en vía jurisdiccional contencioso-administrativo. De ahí que tenga también la consideración de acto administrativo a los efectos de su posible revisión de oficio.

En este sentido, al igual que ocurre con la contratación en el ámbito civil y mercantil, en el laboral, los actos de preparación y adjudicación del contrato también han sido considerados por doctrina y jurisprudencia como actos separables.

Este régimen sustantivo tiene su lógico corolario en el marco procesal, y supone la falta de competencia de la jurisdicción social, como regla general, para conocer de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (arts. 9.4 LOPJ y 3.1.c) R.D.L. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba la LPL). *A contrario*, implica la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones deducidas en relación con los actos de preparación y adjudicación del contrato laboral, en cuanto que sujetos al Derecho Administrativo (arts. 1.1 y 2.b de la LJCA). De esta forma, cuando se apliquen normas administrativas, el contrato quedará sujeto a la competencia del juez o tribunal contencioso-administrativo, y esto pasa,

precisamente, en relación con los aspectos relativos a la competencia y el procedimiento para abordar la celebración del contrato de trabajo.

Esta diferenciación aparece llanamente expuesta en sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 (Ar. 9012): *“Al contencioso-administrativo corresponderá conocer las impugnaciones dirigidas contra el proceso administrativo de selección del trabajador y contra el acto de su designación; y a la jurisdicción social los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo que nació a consecuencia de esa selección y designación”*. Se trata así de diferenciar *“dos distintos y diferenciados grupos de actuaciones: el primero lo constituyen los desarrollados por el ente público para exteriorizar su voluntad de celebrar un contrato (de trabajo en este caso); y el segundo lo encarnaría el vínculo laboral subsiguiente a la perfección de ese contrato y las actuaciones desarrolladas como dinámica de ese contrato”* (STS de 12/4/2005, Ar. 3896). Y ello, no por mero capricho, sino porque aquel procedimiento administrativo dirigido a seleccionar a la persona con la que se va a celebrar el contrato de trabajo tiene como finalidad que esa selección respete los postulados constitucionales (STS de 18-10-2006, Ar. 7954).

Siendo de advertir, además, que la actuación sobre la que versa la petición de dictamen se dirige a la incorporación al empleo público de personas que hasta el momento eran ajenas a la Administración (por mucho que hubiera sido contratado con anterioridad), y no de un puesto de trabajo que exclusivamente pudiera ser ocupado por quienes ya están vinculados a la Administración por un vínculo laboral preexistente (STS de 31/10/2000, Ar. 9012).

CUARTA.- Al haberse iniciado de oficio la revisión del acuerdo, el procedimiento está sometido a un plazo de caducidad, pues a tenor de lo estipulado en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC *“cuando el procedimiento*

se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo”.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es desde la fecha del acuerdo de iniciación *ex* artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC. En idéntico sentido la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, en unificación de doctrina, señala que la fecha inicial del plazo es la correspondiente al dictado del acuerdo de inicio y no el de su notificación.

Ello no obstante, dicho plazo de tres meses puede suspenderse al recabarse dictamen del órgano consultivo, según el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que establece que *“el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.*

Como se infiere del precepto transcrito, la suspensión del plazo no se produce de modo automático, sino que se precisa que la Administración actuante adopte expresamente un acuerdo de suspensión, quedando a su criterio discrecional el adoptar o no un acuerdo al respecto.

En nuestro caso, la incoación del procedimiento de revisión de oficio se realizó mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Nuevo Baztán de 25 de noviembre de 2011, y se suspendió el plazo para la remisión del expediente a este Consejo Consultivo el 2 de febrero. De esta manera, cuando se remitió por primera vez el expediente al Consejo Consultivo,

dando lugar a la solicitud de ampliación de la documentación de 29 de marzo de 2012, el procedimiento no estaba caducado.

Sin embargo, con posterioridad a la devolución del expediente al Ayuntamiento de Nuevo Baztán, se ha producido la caducidad del procedimiento. Y ello porque el plazo máximo de suspensión de un procedimiento con vistas a la emisión de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución es, a tenor, del art. 42.5.c) de la LRJ-PAC, de tres meses: <<*transcurrido el tiempo de suspensión* (dice el Tribunal Supremo en s. de 18/3/2008, RC 2699/2005), *el cómputo del plazo legal para resolver vuelve a correr sin que la Ley 30/1992 tolere una segunda “parada de reloj” por el mismo concepto y para el mismo informe*>>.

De esta forma, la suspensión se levantó *ex lege* el 2 de mayo, y, con anterioridad a que la documentación ampliada llegara a este órgano consultivo, el procedimiento había caducado. Para llegar a esta conclusión basta sumar al tiempo transcurrido hasta la suspensión del procedimiento acordada el 2 de febrero de 2012 (dos meses y ocho días), el plazo transcurrido desde el levantamiento de la suspensión (que se produce el 2 de mayo) y hasta el día en que la ampliación de la documentación remitida por el Ayuntamiento de Nuevo Baztán llega a este órgano consultivo: el 28 de mayo. En ese momento habían transcurrido ya los veintidós días que restaban del plazo de caducidad, y el procedimiento estaba caducado.

QUINTA.- No obstante la anterior declaración, conviene advertir que la caducidad del procedimiento no impide una nueva revisión de oficio, máxime si es en relación con la nulidad de pleno derecho de determinado acto administrativo, dado su carácter imprescriptible sin perjuicio de los límites establecidos en el art. 106 de la LRJ-PAC. En dicho sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012, RC 3491/2008, señalando que *“no existe ninguna razón jurídica, ni de*

seguridad jurídica ni de otra naturaleza, que impida iniciar un segundo expediente tras haber caducado el primero... ”.

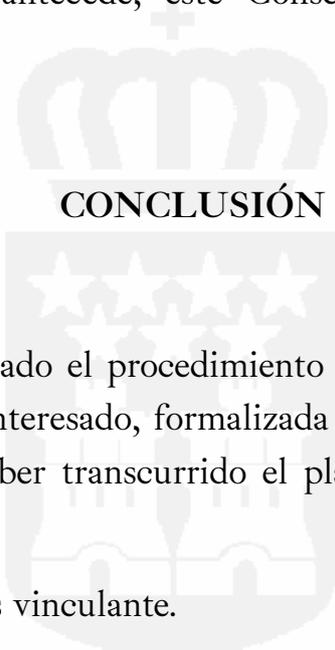
De modo que nada impediría iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio, para el caso de que el Ayuntamiento de Nuevo Baztán, una vez devuelto el expediente por este Consejo Consultivo, acordara incoar un nuevo procedimiento de revisión de oficio con el mismo objeto.

Si así fuera, este órgano consultivo considera que, de las causas de nulidad de pleno derecho invocadas en el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio caducado, la que más se ajustaría al defecto invocado en el acuerdo de invocación del procedimiento de revisión de oficio es la prevista en el apartado e) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC, relativa a la omisión, grosera y notable, del procedimiento establecido para el dictado de los actos administrativos. La jurisprudencia, en doctrina que por extendida excusa la cita, reserva tal motivo de nulidad a los supuestos en que no se haya seguido procedimiento alguno, se haya prescindido de alguno de sus trámites esenciales equiparable a la falta de procedimiento, o se haya seguido un procedimiento distinto del previsto.

El motivo de nulidad previsto en el referido art. 62.1.e) se advierte susceptible de ser relacionado con la posible vulneración en un procedimiento de selección de personal de los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, que son de general e imperativa aplicación y no quedan en suspenso cuando se accede a la función pública mediante contrato de trabajo. En este sentido, el procedimiento administrativo debería girar sobre si las garantías de publicidad de las convocatorias y sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de éstos y adecuación de los procedimientos selectivos a las funciones a desarrollar, han podido ser infringidos en la contratación laboral de constante referencia.

En cambio, la causa de nulidad relativa a la vulneración de derechos fundamentales (art. 62.1.a) de la LRJ-PAC) exige de una infracción específica y cualificada de los mismos en relación con personas determinadas, frente a la generalidad de los destinatarios de la infracción en nuestro caso. En cuanto a la falta de los requisitos esenciales para la adquisición de determinado derecho (art. 62.1.e) de la LRJ-PAC), su concurrencia no se vincula a la falta de procedimiento, sino a la carencia de requisitos objetivos o subjetivos para la adquisición.

En mérito a lo que antecede, este Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede declarar caducado el procedimiento de revisión de oficio de la contratación laboral del interesado, formalizada mediante documento de 8 de marzo de 2010, al haber transcurrido el plazo de tres meses previsto para su resolución.

El presente dictamen es vinculante.

Madrid, 27 de junio de 2012