



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 6 9 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de diciembre de 2011.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Fargas en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de los Decretos números 308/10, 309/2010, 377/10, 380/10, 381/10, 382/10 y 393/10 (EXP. 652/2011 RO)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Fargas, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de los Decretos de la Alcaldía 308/10 y 309/10, de 5 de abril de 2010; 377/10, 380/10, 381/10 y 382/10 de 26 de abril de 2010; y el Decreto 393/10, de 28 de abril de 2010.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC.

3. El procedimiento se inició a solicitud de la Administración autonómica que alegó que los mencionados Decretos, que reconocían la condición de trabajador indefinido a siete trabajadores temporales del Ayuntamiento, incurrieran en los vicios de nulidad de pleno derecho tipificados en las letras a), d) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

---

\* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

4. Los actos que se pretenden revisar son siete resoluciones de la Alcaldía. Las resoluciones de este órgano ponen fin a la vía administrativa según el art. 52.2 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL. Además, como resulta del expediente, esas resoluciones no han sido recurridas en plazo; y como se desprende de su contenido, se trata de actos favorables a particulares. Por ende, concurren los requisitos exigidos por el art. 102.1 LRJAP-PAC, en relación con el art. 105.1 de la misma, para que un acto administrativo sea objeto del procedimiento regulado en el citado art. 102 LRJAP-PAC.

5. La LRBRL no contiene una atribución expresa de a qué órgano le corresponde resolver la revisión de oficio de los actos de la Administración municipal. La LRJAP-PAC (art. 103.5) y la LRBRL respecto a los actos de la Administración municipal incurso en vicio de anulabilidad, que es de menor trascendencia que el de nulidad de pleno derecho, atribuyen al Pleno, a fin de su impugnación posterior ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para declarar su lesividad; y al Alcalde la competencia para proponerle esa declaración [arts. 21.1.e) y 22.2.k) LRBRL]. Esta atribución de competencias se realiza con abstracción de cuál hay sido el órgano que dictó el acto anulable. Es decir, la competencia para declarar su lesividad no corresponde al órgano que dictó el acto, salvo el supuesto de que haya sido el propio Pleno.

En la misma línea, el art. 110.1 LRBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos de gestión tributaria, independientemente de cual haya sido el órgano municipal que lo haya dictado.

Con base en esa regulación legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ante la ausencia en la LRBRL de una atribución expresa de la competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que no sean de gestión tributaria, por aplicación analógica de los arts. 103.5 LRJAP-PAC (antes art. 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) y 22.2.k) y 110.1 LRBRL, ha interpretado que la competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de los actos de la Administración municipal corresponde al Pleno de la Corporación (STS de 2 de febrero de 1987; RJ 1987/2003).

6. En el procedimiento, conforme al art. 84.1 LRJAP-PAC en relación con el art. 31.1.b) de la misma, se ha dado audiencia a los trabajadores afectados, que no han realizado alegaciones, y se ha emitido informe por la Secretaría de la Corporación Local. No se ha dado audiencia a la Administración autonómica, a cuya instancia se inició el procedimiento y que por ello posee también la cualidad de interesada [art.

31.1.a) LRJAP-PAC]; no obstante, esta circunstancia no constituye una irregularidad procedimental, dado el tenor del art. 84.4 LRJAP-PAC, porque la Propuesta de Resolución sólo tiene en cuenta los hechos y alegaciones aducidas por la Administración autonómica y se dirige a resolver conforme a su pretensión. En definitiva, no concurren irregularidades formales que impidan un Dictamen sobre el fondo.

## II

1. La Administración puede contratar personal laboral para su servicio [arts. 7, 8.2.c) y 11 de la Ley básica 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP; y concordante art. 89 LRBRL]. Las relaciones entre este personal y la Administración empleadora se rigen por la legislación laboral y por los preceptos del EBEP que así lo dispongan (art. 7 EBEP). Esto significa que la aplicación de la legislación laboral se realiza con una serie de modulaciones que son impuestas, en primer lugar, por los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, de igualdad, de legalidad de la actuación administrativa y del servicio de ésta a los intereses generales, de igualdad en el acceso a los empleos públicos según mérito y capacidad y de legalidad del gasto público (arts. 9.3, 14, 103.1 y 3 y 133.4 de la Constitución). Por ello, el art. 55 EBEP ordena que la contratación de personal laboral por las Administraciones públicas debe realizarse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento reglado, formal, público y transparente que asegure la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y que garantice la imparcialidad, profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica de los órganos de selección. Los arts. 91 y 103 LRBRL reiteran este mandato para las Administraciones locales.

2. La Administración, pues, cuando contrata trabajadores en régimen laboral está sujeta, con las importantes modulaciones señaladas, al Derecho Laboral. En el ámbito de este derecho existen por su duración dos y sólo dos tipos de contrato: El contrato por tiempo indefinido o sin fecha de finalización que otorga el carácter de trabajador fijo de la empresa -por lo que son sinónimas las expresiones "trabajador por tiempo indefinido" o "trabajador fijo"- y el contrato temporal en el cual la relación laboral tiene una duración limitada en el tiempo, con fecha de finalización cierta o incierta. Así resulta del art. 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de

marzo): El contrato de trabajo puede concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Sólo existen, pues, trabajadores indefinidos (o fijos) o trabajadores temporales. Los demás preceptos del ET lo confirman: Art. 8.2 (si no se extiende por escrito el contrato temporal superior a cuatro semanas, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido); art. 12.2 (el contrato a tiempo parcial podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada); art. 15.2 (adquirirán la condición de trabajadores fijos cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la seguridad Social); art. 43.3 (los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos).

3. La figura del contrato de trabajo indefinido como un *tertius genus* entre el contrato de trabajo fijo y el temporal en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones Públicas fue, al principio, una creación jurisprudencial. En el Derecho Laboral el recurso del empresario a contratos temporales sucesivos con un trabajador para el desempeño de tareas que satisfacen necesidades permanentes de la empresa y que no responden a los supuestos del art. 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) que legitiman la contratación temporal, constituye un fraude de ley que es sancionado con la aplicación de la normativa que se ha tratado de eludir y en consecuencia el trabajador adquiere la condición de fijo (art. 15.3 y 5 E.T.).

Esta consecuencia no puede trasladarse automáticamente al ámbito de la contratación laboral por las Administraciones Públicas porque los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución imponen que el acceso a las funciones públicas se realice en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Estos mandatos constitucionales fueron desarrollados legalmente por el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) y actualmente por los arts. 1.2.b) y 55 EBEP, que añade que se realizarán con publicidad y concretan que son aplicables también a la contratación de personal laboral.

Estos preceptos imperativos sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, porque las irregularidades en la contratación laboral no pueden llevar a que el trabajador adquiera la condición de fijo al margen de las reglas que garantizan la igualdad, publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacitación en el acceso al empleo público.

Por esta razón la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo consideró que las irregularidades cometidas por las Administraciones Públicas en la contratación laboral no determinan la adquisición por el trabajador de la condición de fijo sino de indefinido, un *tertius genus* de contrato en que la relación laboral se mantiene hasta que el puesto de trabajo que ocupe sea cubierta por los procedimientos legales que garanticen la ponderación del mérito y la capacidad, la publicidad, la igualdad y la libertad de concurrencia.

Así: “El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en la plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato” (STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1998, RJ 1998\1000, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina. En el mismo sentido la anterior STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996, RJ 1996\7492; y posteriores de 27 de mayo de 2002, RJ 2002\9893; de 27 de diciembre de 2002, RJ 2003\1844; y de 11 de noviembre de 2003, RJ 2003\8956).

4. Esta jurisprudencia indujo al legislador a modificar la Disposición Adicional Decimoquinta del ET, en el sentido de que la infracción por las Administraciones de los límites de los apartados 1.a) y 5 del art. 15 ET a la duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos temporales surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la

relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

5. Los arts. 8.2.c) y el art. 11 *in fine* EBEP clasifican al personal laboral en función de la duración del contrato de trabajo en fijo, por tiempo indefinido y temporal. La inclusión de la expresión “por tiempo indefinido” en el proyecto de ley del EBEP con ocasión de su tramitación en el Senado tuvo su origen en las enmiendas número 33 y 35 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (BOCG, Senado, VII Legislatura, nº 85, de 21 de febrero de 2007) que se justificaron con la siguiente motivación *“se trata de introducir el término indefinido, que no contempla el Proyecto, a fin de que también el profesorado de religión esté contemplado en el artículo”*. Es decir, se perseguía fijar jurídicamente la relación que une a la Administración con los profesores de religión que prestan sus servicios en los centros docentes públicos y no pretendía comprender a los trabajadores indefinidos no fijos de la administración que habían adquirido tal condición a consecuencia de la infracción de los límites del art. 15 ET a la contratación temporal. Prueba de ello es que en el resto del articulado del EBEP no se vuelve a mencionar a estos trabajadores indefinidos distintos de los fijos y temporales ni por ende se regula dicha figura.

6. Como las Administraciones Locales están sujetas al principio de legalidad, están obligadas a contratar a sus trabajadores conforme a las dos modalidades contempladas en el ET: O como trabajadores fijos o como trabajadores temporales. No están habilitadas para contratarlos como trabajadores indefinidos no fijos. Tampoco están habilitadas para novar los contratos temporales en indefinidos no fijos sin que previamente hayan realizado los siguientes trámites:

a) La modificación de la plantilla orgánica de la Corporación (art. 90.1 LRBRL).

b) La modificación de su relación de puestos de trabajo, RPT (art. 90.2 LRBRL en relación con el art. 74 EBEP).

c) La inclusión de esos puestos de trabajo en la oferta de empleo público con fijación del plazo máximo para la convocatoria de los correspondientes procesos

selectivos dentro del plazo de tres años a partir de su publicación (arts. 91.2 y 103 LRBRL en relación con el art. 70 EBEP).

d) La publicación de la oferta de empleo público en el Boletín Oficial de la Provincia (arts. 91.2 y 103 LRBRL, art. 70 EBEP).

Sin realizar previamente esos trámites el Ayuntamiento no puede calificar como indefinidos no fijos a trabajadores contratados temporalmente. En ausencia de ese procedimiento esa calificación sólo le puede ser impuesta por la Administración por Sentencia de la jurisdicción laboral, la cual comporta la obligación de proceder a la realización de los trámites enunciados (D.A. XV.1 ET y las citadas SSTs de 20 de enero de 1998, RJ 1998\1000; de 7 de octubre de 1996, RJ 1996\7492; de 27 de mayo de 2002, RJ 2002\9893; de 27 de diciembre de 2002, RJ 2003\1844; y de 11 de noviembre de 2003, RJ 2003\8956).

La formación de la voluntad administrativa se debe realizar a través del procedimiento establecido, tanto cuando actúa en relaciones jurídico-administrativas como jurídico-laborales o de otro tipo. En este supuesto la voluntad de la Administración se ha formado omitiendo total y absolutamente el procedimiento debido.

Como se razona en la Sentencia nº 78/2010, de 7 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, declarar una relación laboral temporal como relación jurídica indefinida no constituye una facultad de la Administración empleadora desde su condición de empresario, sino el ejercicio de una potestad administrativa ya que se produce una modificación de categoría de un colectivo de empleados públicos, por lo que *“dicho cambio de categoría implica una necesidad de modificación de la plantilla orgánica del ayuntamiento, que pasa a tener un colectivo de empleados de carácter indefinido, que no accedieron al empleo público con tal finalidad, ni con dicho status; y esto tiene como consecuencia una repercusión en la naturaleza de la actuación, que se plasma en un Decreto de contenido netamente administrativo, y por ende de los encuadrados en el artículo 1º de la ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, como actos necesariamente revisables por nuestra jurisdicción”*.

Consecuencia obligada de lo expuesto es la conclusión de que los Decretos de la Alcaldía 308/10 y 309/10, de 5 de abril de 2010; 377/10, 380/10, 381/10 y 382/10 de 26 de abril de 2010; y el Decreto 393/10, de 28 de abril de 2010 están incursos sin

lugar a dudas en la causa de nulidad tipificada en el primer inciso del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, pues se dictaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento debido. Y por este motivo procede la revisión de oficio.

## C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la revisión de oficio de los Decretos de la Alcaldía del Ayuntamiento de Firgas números 308/10 y 309/10, de 5 de abril de 2010; 377/10, 380/10, 381/10 y 382/10 de 26 de abril de 2010; y el Decreto 393/10, de 28 de abril de 2010 por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento debido, con lo que incurren en la causa de nulidad tipificada en el primer inciso del art. 62.1.e) LRJAP-PAC.