



Roj: **STS 1668/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:1668**

Id Cendoj: **28079140011999100866**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/1999**

Nº de Recurso: **2138/1998**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO MARTIN VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE TORREMOLINOS, representado por el Procurador D. Antonio Angel Sánchez-Jauregui Alcaide contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 10 de diciembre de 1997 (autos nº 482/97), sobre DESPIDO. Es parte recurrida D^a Leonor, representada y defendida por el Letrado D. Jose Enrique Medina Castillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 1996, por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Málaga, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre despido.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "1º.- Por Acuerdo Plenario de 12-7-89 se aprobó la Convocatoria de bases para la provisión de plazas de funcionarios y personal laboral en el Ayuntamiento de Torremolinos. (B.O.P. 5-9-89).- 2º.- D^a María Inmaculada interpuso recurso de reposición el 2-10-89, previo al recurso contencioso-administrativo, frente a dicha convocatoria, respecto de las plazas de Técnico de Administración Especial (TAE) licenciado en Derecho; Coordinador General de Servicios y Técnico en Cultura.- 3º.- Por Acuerdo Plenario de 2-11-1989 y ante la presentación de diversos recursos de reposición contra el acuerdo de 12.-89, se aprobó la modificación de las bases de varias plazas, entre las que se encontraban las siguientes:

- 1 plaza de Licenciado en derecho (Anexo 1)- Funcionario.
- 1 plaza de Coordinador General de Servicios (Anexo 12) Laboral.
- 1 plaza de Técnico en Cultura (Anexo 19) Laboral.

Las nuevas bases aprobadas se publicaron en el B.O.P. de 13-12-1989. Se da aquí por reproducida en sus términos la expresada documental, que aparece unida a autos.- 4º.- D^a Leonor, mayor de edad y domiciliada en Torremolinos, presta sus funciones en el Ayuntamiento de Torremolinos desde el 1-2-89 como Monitora de Inglés. Ello a virtud de un contrato de trabajo a tiempo parcial que aparece unido a los autos y se da aquí por reproducido. Con una jornada del 38% de lo habitual y duración semestral del curso, para obra o servicio determinado. Con anterioridad había prestado servicios para la Tenencia de Alcaldía de Málaga en los cursos semestrales: 84/85, 85/86, 86/87. Superado el concurso para la cobertura de la plaza, continuó en su desempeño, como personal laboral en todo caso. Percibía una retribución mensual última de 286.200.- ptas por todos los conceptos. La hoy actora accedió a la plaza de técnico en cultura con el carácter de fija en el Concurso mencionado en los anteriores hechos probados.- 5º.- Interpuesto recurso contencioso-



administrativo el 28-5-90 por D^a María Inmaculada contra el Acuerdo del Ayuntamiento de 2-11-1989, se dictó sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 13-2-1991, estimatoria, decretándose la nulidad de las bases impugnadas.- 6º.- Por sentencia del Tribunal Supremo de 6-6-96, la sentencia de instancia quedó totalmente confirmada tras el trámite del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Torremolinos, apelación a la que se había adherido D^a María Inmaculada. En su fundamento tercero se aclaraba que la resolución confirmada y sus efectos anulatorios, alcanzaban el Acuerdo de 2-11-1989.- 7º.- La sentencia del Tribunal Supremo de 6-6-96 fue notificada al Ayuntamiento el 2-7-96. En pleno municipal de 29-7-96 se acordó su ejecución, anulándose las bases aprobadas para las convocatorias de las plazas de TAE licenciado en derecho, Coordinador general de Servicios y Técnico de Cultura. Dentro de estas actuaciones administrativas, debe destacarse las siguientes situaciones:

- Informe de la Secretaría General del Ayuntamiento de Torremolinos de 3-7-1996.
- Dictamen de letrado de fechas 15-7-96 y 25-7-96.
- Moción de la Alcaldía de 26-7-96, de declaración de nulidad de los nombramientos recaídos para cobertura de las plazas de TAE licenciado en derecho (funcionario); Coordinador General de Servicios y Técnico de Cultura (laborales). Esta última plaza era la cubierta por D^a Leonor.
- Informe favorable de fecha 29-7-96 emitido por la Comisión Informativa de Personal y Seguridad Ciudadana, de la Moción referenciada.
- Acuerdo Plenario del Ayuntamiento, de fecha 29-7-95, aprobatorio del Dictamen anterior.- 8º.- El Acuerdo mencionado en el anterior hecho fue notificado a la actora el 30-7-96 habiendo de surtir sus efectos el 8-8-96. Lo fue igualmente a D^a María Rosario y D. Evaristo.- 9º.- Interpuesta reclamación previa el 8-8-96, debe entenderse desestimada la misma por silencio administrativo.- 10º.- La demanda jurisdiccional se interpuso el 18-9-96. Fue citado el Ministerio Fiscal.- 11º.- No se ha planteado conflicto de jurisdicción a este órgano judicial, aportándose en el acto del juicio, anuncio del Alcalde del Ayuntamiento demandado en tal sentido, no habiéndose dado audiencia al efecto al demandante en los presentes autos.- 12º.- No consta que el actor hubiera tenido noticia del recurso contencioso-administrativo, con anterioridad a la notificación de su cese.- 13º.- Se han practicado declaraciones testificales de diversos cargos de personal en el Ayuntamiento demandado, que han puesto de relieve sus desconocimiento sobre la tramitación del recurso contencioso-administrativo que desembocó en las sentencias dictadas en las presentes actuaciones.- El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: I.- Que debo desestimar y desestimo las excepciones opuestas en los presentes autos, II.- Que de igual manera y en cuanto al fondo del asunto, debo desestimar y desestimo la demanda en reclamación sobre despido discriminatorio interpuesta por D^a Leonor frente al Excmo. Ayuntamiento de Torremolinos y habiendo sido llamado a juicio el Ministerio Fiscal, absolviendo a la Entidad demandada de los pedimentos deducidos en su contra en la presente demanda."-

SEGUNDO.- El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación en su petición subsidiaria interpuesto por D^o Leonor frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. siete de Málaga de fecha veinte de Noviembre de mil novecientos noventa y seis a virtud de demanda promovida por dicha parte frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE TORREMOLINOS en reclamación por despido y en consecuencia con revocación de la sentencia de instancia debemos declarar y declaramos el despido improcedente condenando a la Corporación a la readmisión de la trabajadora en su mismo puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido y hasta que la readmisión tenga lugar o a opción de la empresa demandada al abono de las siguientes percepciones económicas: a) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta que se notifique la sentencia a razón de 9.540 ptas. diarias; b) a una indemnización de 3.193.515 ptas. Los salarios dejados de percibir tendrán también otro límite, hasta que haya encontrado el trabajador otro empleo si tal colocación es anterior a esta resolución, y se prueba por la empresa demandada lo percibido para su descuento. Advirtiéndose a la empresa que de no optar expresamente por la readmisión o indemnización en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia procederá la primera. Serán de cuenta del Estado los salarios que excedan de 60 días desde la presentación de la demanda hasta esta sentencia, que deberá de adelantar la Corporación sin perjuicio de repetir frente al Estado."-

TERCERO.- La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia dictada por este Tribunal el 29 de marzo de 1.994. Dicha sentencia contiene los siguientes hechos probados: "1º) La actora viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Administración del Principado de Asturias en virtud de contrato concertado el día 11 de octubre de 1990, ostentando la categoría profesional de Educadora



y prestando servicios como Monitora Agrícola en el Centro de Atención de Minusválidos "La Unión"- sito en Salinas-, con antigüedad referida al día 15 de octubre de 1990 y salario diario, en cómputo anual, de 5.407 pesetas.- 2º.- El contrato citado se formalizó después que la actora tomó parte y superó las pruebas selectivas convocadas por resolución de la Dirección Regional de la Función Pública de 6 de abril de 1990 en el boletín oficial del Principado de 14 de mayo.- 3º.- Impugnadas dichas pruebas selectivas, por uno de los participantes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en el Recurso núm. 1994/90 y en el que fue parte actora, dictó sentencia de 7 de marzo de 1992 por la que se declara nula la lista de aprobados de las pruebas mencionadas, dejando sin efecto el nombramiento efectuado a favor de D^a Silvia .-4º.- En ejecución de dicha sentencia, el 7 de julio de 1992, se dictó resolución por el Consejero de Interior y Administraciones Públicas del Principado de Asturias, por la que se anula la de 11 de octubre de 1990 en la que se disponía la contratación de la actora; se extingue el contrato de la actora fijando los efectos de la Resolución en el día 1 de agosto de 1992.- 5º.- La actora ha agotado la vía administrativa previa". En la parte dispositiva de la misma se estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración del Principado de Asturias frente a la sentencia de 23 de abril de 1993 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 13 de mayo de 1998. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre las sentencias reseñadas en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción de lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 18, apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto con la legislación y jurisprudencia concordante aplicables al caso . Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal , que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

QUINTO.- Por Providencia de 29 de mayo de 1998 se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestó en escrito de fecha 16 de Noviembre de 1998.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 15 de enero de 1.999.

SEPTIMO.- Por Providencia de fecha 15 de enero de 1.999, esta Sala acordó que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General, se suspende el señalamiento previsto trasladando el mismo para el día 3 de marzo de 1.999, en que tuvieron lugar los actos de votación y fallo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre los efectos que produce la anulación declarada en sentencia firme del concurso para el desempeño de plazas laborales en las Administraciones Públicas sobre el contrato de trabajo concluido en cumplimiento de las bases o condiciones establecidas en dicho concurso.

En el caso enjuiciado, la sentencia que declaró inicialmente la nulidad del concurso convocado fue dictada por un órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo (en concreto, por la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), de acuerdo con la jurisprudencia laboral y contencioso-administrativa en materia de competencia. Dicha sentencia declarativa de nulidad ha sido confirmada luego por la Sala tercera de este Tribunal Supremo mediante sentencia de 6 de junio de 1996. Esta última resolución judicial, firme por razón del órgano que la ha dictado, fue notificada a la Administración Pública convocante del concurso (Ayuntamiento de Torremolinos) en fecha de dos de julio siguiente, acordándose su ejecución (por el pleno del Ayuntamiento) el 29 del mismo mes de julio de 1996. El acuerdo de ejecución fue notificado a la trabajadora al día siguiente, con indicación de que produciría efecto de extinción del contrato de trabajo celebrado sobre la base del concurso anulado con fecha de 8 de agosto del propio año 1996.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida defiende, con apoyo en una detallada argumentación, que la declaración de nulidad de un concurso para la contratación laboral en la Administración Pública por medio de sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa no genera un efecto automático de nulidad del contrato de trabajo celebrado al amparo de dicho concurso. Tal contrato de trabajo - sigue el razonamiento de la sentencia



impugnada - es meramente anulable, correspondiendo en su caso la declaración de nulidad al orden social de la jurisdicción. Ello debe ser así además - concluye dicha sentencia - por razones jurídico-procesales, en cuanto que el trabajador contratado en el concurso anulado no estuvo presente en el proceso contencioso-administrativo que condujo a la sentencia anulatoria.

No queda enteramente claro en la relación de los hechos acogida en la sentencia recurrida cuáles han sido la causa y el alcance de dicha falta de presencia o participación efectiva en el proceso antecedente contencioso-administrativo de quien es demandante en este litigio ante la jurisdicción social (y parte recurrida en el presente recurso). Pero hay que tener en cuenta que tal afirmación de falta de participación efectiva debe ser apreciada necesariamente en un contexto legal en el que estaba previsto el emplazamiento por el sistema de publicación oficial del anuncio del recurso (art. 64.1. de la hoy derogada Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 28 de diciembre de 1956), reforzado a partir de la Constitución por diversos instrumentos complementarios de comunicación, y sustituido finalmente por los preceptos de la recién aprobada Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 49.3 y 4 Ley 29/1998). A ello debe añadirse que no consta en las presentes actuaciones ni la omisión de los citados instrumentos complementarios de comunicación, ni la interposición de recurso de amparo contra las sentencias anulatorias del concurso por supuesta indefensión del demandante.

En cualquier caso, el objeto del presente recurso de casación laboral para unificación de doctrina no es ni puede ser el enjuiciamiento de la regularidad formal de los procesos contencioso- administrativos mencionados. Es ésta una cuestión que por razón de la materia ha correspondido enjuiciar al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y sobre la cual los órganos de la jurisdicción social no tienen que pronunciarse ni deben hacerlo. Por tanto, no nos encontramos aquí ante una cuestión prejudicial no perteneciente al orden social sobre la que sea necesario conocer y decidir para resolver el fondo de litigios individuales o colectivos de trabajo (art. 4.1. de la Ley de Procedimiento Laboral - LPL -), sino ante una cuestión relativa al desarrollo del proceso contencioso-administrativo que ya ha sido juzgada por los órganos jurisdiccionales de tal jurisdicción que son competentes para hacerlo.

TERCERO.- La sentencia aportada y seleccionada para el juicio de contradicción es la dictada en unificación de doctrina por esta Sala del Tribunal Supremo el 29 de marzo de 1994. En ella se sostiene una tesis distinta a la mantenida anteriormente por esta misma Sala en sentencia de 12 de junio de 1989. Viene a decir la sentencia de contraste, exponente de la doctrina más moderna de esta Sala, que la anulación del procedimiento de concurso que sustenta un contrato de trabajo comporta la extinción de éste, en cuanto que el contrato tiene su presupuesto básico en la convocatoria y propuesta posteriormente anuladas. A ello se añade en la sentencia de contraste que tal extinción del contrato de trabajo debe producirse si se quiere que el recurso contencioso-administrativo no sea en estos casos una actuación procesal ineficaz e inoperante.

Señala el escrito de impugnación del recurso que existen dos diferencias relevantes en los hechos de las sentencias comparadas. La primera de ellas es que la trabajadora contratada a que se refiere el litigio de la sentencia recurrida ya estaba vinculada en condición de fija por contrato de trabajo al Ayuntamiento de Torremolinos antes de obtener plaza en el concurso posteriormente anulado, lo que no sucede en la sentencia de contraste. La segunda diferencia consiste en que en el hecho probado tercero de dicha sentencia de contraste se indica que la actora fue parte en el proceso contencioso-administrativo que condujo a la anulación del concurso, lo que no consta en la sentencia impugnada en el presente recurso.

Pero estas diferencias no son suficientes para desvirtuar la igualdad sustancial de los litigios de las sentencias comparadas. Como esta Sala ha declarado muy reiteradamente la condición de fijeza de los trabajadores de las Administraciones Públicas deriva precisamente de la contratación mediante concurso de méritos ; y, como es lógico, éste ha de reunir para que surta efectos los requisitos de validez exigibles. Por otra parte, el que haya existido una relación contractual de trabajo irregular anterior a la obtención de plaza en concurso de méritos no debe afectar a la condición del concurso, cuyos requisitos de legalidad y cuya eficacia como presupuesto del contrato son idénticos, con independencia de los avatares de los concursantes y de la plaza concursada.

Tampoco tiene suficiente relevancia para enervar la contradicción alegada y argumentada en el recurso, la posible distinta participación de los actores en los procesos contencioso- administrativos, participación cuya efectividad se niega en la sentencia recurrida y se menciona al paso en la sentencia de contraste. Pero esta supuesta diferencia, cualquiera que haya sido su alcance real no precisado en ninguna de las sentencias comparadas, resulta en todo caso accesoria. De un lado porque, según se ha señalado hace un momento, el conocimiento de la eficacia procesal de tal participación no corresponde a la jurisdicción social. Y de otro lado porque, como apunta el Ministerio Fiscal en su informe, la anulación mediante sentencia firme del orden contencioso-administrativo de un concurso para la provisión de plazas laborales debe tener la misma incidencia en las relaciones de trabajo afectadas, con independencia de cuáles hayan sido las vicisitudes o particularidades procesales de los litigios de las sentencias comparadas.



CUARTO.- La solución correcta de la cuestión controvertida es, como señala también el Ministerio Fiscal, la contenida en la sentencia de casación aportada para comparación. Esta posición ha sido también, en lo esencial, la mantenida por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de octubre de 1994.

De la nulidad declarada por sentencia firme de las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública deriva lógicamente la extinción del contrato o de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases. Existe una conexión funcional directa entre el procedimiento de concurso de provisión de plazas en la Administración Pública y el contrato de trabajo celebrado a la vista de su resultado, de suerte que no se puede exigir la continuación del contrato si se ha anulado el concurso que es su base de sustentación. Así, pues, siendo la validez del concurso para la provisión de plazas una circunstancia objetivamente necesaria para el cumplimiento de la finalidad del contrato de trabajo, la extinción de éste puede ser acordada invocando como causa un acto de la autoridad pública, cual es la sentencia firme que declara la nulidad del concurso.

Para llevar a efecto la extinción de la relación laboral derivada de la anulación del concurso convocado para su provisión no es preciso ejercitar la acción de nulidad del contrato de trabajo, vía jurídica de escasa utilidad en el tráfico jurídico-laboral, sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos y actos extintivos previstos en el art. 49 del ET. A falta de cláusula o pacto resolutorio en tal sentido en el contrato de trabajo, y a falta de mutuo acuerdo de las partes, los actos extintivos en los que ha de encajarse el acuerdo unilateral de extinción del contrato afectado por parte de la Administración Pública convocante del concurso anulado son la extinción por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (art. 49.1.h. del ET) y las causas objetivas legalmente procedentes (art. 49.1.i. del ET). Doctrina científica y jurisprudencia coinciden en que el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o factum principis (definido habitualmente como orden de la autoridad gubernativa, pero que cabe ampliar por analogía a la resolución de la autoridad judicial) constituye una causa de extinción (o en su caso de suspensión) del contrato de trabajo equiparable a la fuerza mayor. Esta equiparación supone que el empresario laboral que debe cumplir la orden o resolución correspondiente - en el supuesto enjuiciado, la Administración Pública convocante del concurso anulado - debe utilizar para el cumplimiento de la misma o bien la vía del art. 51 del ET, cuando se superan los umbrales numéricos previstos en el párrafo 1 de dicho precepto legal, o bien más habitualmente la vía del art. 52.c. del ET, cuando se trata de extinciones contractuales por debajo de dichos límites.

QUINTO.- La proyección de la doctrina anterior sobre el asunto que debemos resolver ahora conduce a las siguientes conclusiones. Una vez constatada la nulidad del concurso por la sentencia firme de la Sala de lo contencioso-administrativo de este Tribunal Supremo, la conducta que debió observar la entidad empleadora es la de comunicar el acuerdo de ejecución de la sentencia anulatoria y la consiguiente extinción del contrato de trabajo por acto de la autoridad judicial, con base en el art. 52.c. del ET que es el aplicable en este caso, cumpliendo los requisitos de forma y procedimiento del art. 53 del ET. Siendo así que algunos de los requisitos exigidos en dicho precepto, como el de la puesta a disposición del trabajador de una indemnización de 20 días por año de servicio, no se han cumplido por parte de la Administración recurrente, y habida cuenta de que el art. 53.4. del ET establece para tales supuestos de incumplimiento la nulidad de la extinción acordada, la conclusión inevitable es que a la extinción acordada por el Ayuntamiento de Torremolinos que ha originado este litigio le corresponde en derecho tal calificación. Pero este resultado no es viable procesalmente porque constituiría una reforma de la resolución impugnada peyorativa para la única parte recurrente. Así las cosas, el recurso debe ser desestimado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE TORREMOLINOS, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 10 de diciembre de 1997. en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 1.996 por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Málaga, en autos seguidos a instancia de D^a Leonor contra dicho recurrente, sobre DESPIDO.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde y el Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Luis Gil Suárez y D. Jose Maria Marín Correa, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. AURELIO DESDENTADO BONETE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 2138/98, Y AL QUE SE ADHIEREN EL PRESIDENTE DE LA SALA EXCMO. SR. D. LUIS GIL SUAREZ Y EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOSE MARIA MARIN CORREA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2138/98 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto se funda en los siguientes fundamentos jurídicos:

PRIMERO.- Mi discrepancia con la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala se centra en la valoración del efecto que la anulación de la convocatoria por sentencia firme del orden contencioso-administrativo tiene sobre contrato de trabajo que fue otorgado en virtud del concurso convocado por la resolución administrativa anulada. Ese efecto sobre el contrato no consiste en la aparición de una causa extintiva sobrevenida que autorice una denuncia por parte del ente empleador fundada en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y, concretamente, en el "factum principis" como modalidad específica de fuerza mayor (artículo 49.1.h) del Estatuto de los Trabajadores). La anulación de la convocatoria lo que determina es la nulidad de los contratos que se han celebrado al amparo de la misma, como se deriva claramente "a sensu contrario" de artículo 64 de la Ley 30/1992, a tenor del cual "la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero", lo que supone que la anulación de un acto del que dependa la existencia de otro sí que determinará la anulación de este último. Esto es precisamente lo que ocurre en los concursos para la adjudicación de plazas -sean funcionariales o laborales- de las Administraciones Públicas, con independencia de que la anulación de segundo grado afecte a un acto en sentido propio (el nombramiento de un funcionario) o a un contrato de trabajo.

SEGUNDO.- Esta es una conclusión pacífica en el ámbito de las relaciones de empleo público, que es preciso mantener aquí, porque la institución de la nulidad no debe confundirse con la extinción de un contrato inicialmente válido que pierde su vigencia por una causa sobrevenida, que es lo que sucede con las causas que contempla el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores frente al régimen del artículo 9 del mismo texto legal, que es el aquí aplicable. Ello es así aunque en el plano instrumental no sea preciso en supuestos como el aquí debatido una acción de nulidad del contrato, porque esa nulidad es una consecuencia de la que ya se ha declarado en relación con el acto que sirve de presupuesto al contrato. Basta, por tanto, una declaración de voluntad del empleador para establecer los efectos derivados de esa declaración sobre el contrato afectado, lo que de conformidad con el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá efectos "ex nunc", pues se han consumado ya tanto el trabajo prestado como su retribución. Esto determina que pueda apreciarse cierta semejanza procedimental con el despido por alguna de las causas del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Pero la distinción entre ambas instituciones -nulidad y extinción- es esencial, porque el caso de la nulidad la causa no es sobrevenida, sino originaria, y la voluntad del empleador puede estar determinada, como ocurre en el supuesto debatido, por una declaración anterior. De ahí que el control judicial tenga que limitarse en tales supuestos a la relación de dependencia entre el acto anulado y el contrato, sin entrar en lo que ya ha sido decidido por el orden contencioso-administrativo.

TERCERO.- También son esenciales las diferencias en el plano de los efectos, que en el caso de nulidad se limitan, en principio, a los previstos en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores: mantenimiento por parte del trabajador del derecho al salario por el trabajo prestado. Esto no significa que no puedan aplicarse otras indemnizaciones si la actuación administrativa anulada hubiese producido un perjuicio al trabajador afectado. Pero, aparte de los supuestos en que la causa de nulidad puede ser imputable al trabajador, estas indemnizaciones deben seguir el régimen normal de la responsabilidad por daños sin desplazarse hacia las indemnizaciones automáticas y tasadas previstas para algunas causas del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y concordantes; preceptos cuya aplicación puede tener, por otra parte, inconvenientes prácticos importantes, como muestra el presente caso, en el que de configurarse el supuesto como fuerza mayor sería necesario la tramitación de un expediente de regulación del empleo por imperativo del artículo 51.12 del Estatuto de los Trabajadores.



CUARTO.- La doctrina correcta con las matizaciones que ahora se realizan es, por tanto, la de la sentencia de contraste de esta Sala de 29 de marzo de 1.994, reiterada por la sentencia de 5 de octubre de 1.994, sin que puedan atenderse las consideraciones de la sentencia recurrida. Los efectos de la anulación de la convocatoria no dependen de la participación de la actora en el proceso contencioso-administrativo que anuló el acto; participación que se rige por lo que a estos efectos establecía la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1.956, entonces vigente, sobre el emplazamiento de los demandados y si ha podido existir un defecto en el emplazamiento, ello debería haberse hecho valer en la impugnación de la decisión del orden contencioso-administrativo, pero no negando en el orden social los efectos que se derivan de una sentencia firme.

QUINTO.- Por todo ello, procedería la estimación del recurso con devolución de las actuaciones a la Sala de suplicación para que, con acatamiento de lo aquí decidido, resuelva sobre el motivo de suplicación que alega la existencia de discriminación en el cese.

Madrid, a 10 de Marzo de 1.999.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ