

Expediente Núm. 271/2016  
Dictamen Núm. 276/2016

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de noviembre de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de octubre de 2016 -registrada de entrada el día 26 de ese mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de la resolución por la que se impone una sanción de suspensión de empleo y sueldo a un empleado público de naturaleza laboral.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 1 de junio de 2016, el interesado presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que solicita “la nulidad del (...) expediente sancionador” incoado contra él, “dejando sin efecto la suspensión de empleo y sueldo por un plazo de 6 años impuesta” por Resolución de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales de 2 de octubre de 2015.

Esgrime que “la citada Resolución no es conforme a derecho, por cuanto el (...) expediente administrativo ha sido instruido sin las debidas garantías de defensa (...), conculcando la legalidad vigente y generando con ello un perjuicio irreparable”, sin acotar el vicio que se imputa.

Expone a continuación el sustrato fáctico en el que funda su pretensión, agrupando los hechos bajo las siguientes rúbricas: la “grave enfermedad mental que presenta desde hace años”, la “coincidencia de la citada patología con la que manifestaba (...) a sus superiores jerárquicos para justificar sus ausencias al trabajo”, las “consecuencias de la indicada patología en el desarrollo de sus funciones como educador”, el “conocimiento por parte de la Consejería de la situación mental y personal (del afectado) vs. riesgo al que estuvieron sometidas las personas discapacitadas puestas al cuidado de este”, el “espíritu del expediente disciplinario (...) vs. Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, la “incapacidad (del perjudicado) para la comprensión de la Resolución que se le notificó”, la “responsabilidad, tanto del Comité de Empresa como de la UGT, al no haber hecho actuación alguna tras la notificación de la resolución cuya nulidad se solicita”, y el “terrible perjuicio económico y humano que se genera”.

Acompaña copia de un informe de 1996 de la Secretaría del Programa para Rehabilitación de Toxicómanos expresivo del “alta terapéutica desde el 29 de abril de 1996”; de una solicitud de incapacidad permanente, registrada de entrada en el Instituto Nacional de la Seguridad Social de Asturias el 9 de mayo de 2016, y de diversa documentación clínica, entre la que figura un informe del Centro de Salud Mental II, fechado el 21 de agosto de 2013, en el que se consigna una primera consulta del paciente en 1999 por “síndrome de dependencia a opiáceos asociados a trastorno depresivo leve (...). Consumo perjudicial de cocaína./ Retorna en julio de 2010 por recaída (...). Retorna nuevamente en enero de 2013 derivado por el S.º de Neurología (...). Se valora trastorno (de) adaptación con síntomas ansioso-depresivos”, y otro informe del Servicio de Psiquiatría, tras ser valorado el 26 de diciembre de 2013, en el que

se aprecia un “descenso entre leve y moderado de la atención (...), junto con un moderado déficit en la memoria episódica-visuo-espacial”.

**2.** El día 28 de junio de 2016, una Técnica de Administración de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales elabora un informe jurídico. En él razona, a la vista del expediente disciplinario -que se incorpora-, que no concurre ninguna causa de nulidad en las actuaciones. La tramitación del expediente disciplinario se considera correcta, resultando del mismo que el sancionado es un empleado público de naturaleza laboral, y que la resolución ahora impugnada le impone una sanción disciplinaria por la comisión de una falta muy grave tipificada en el convenio colectivo de referencia, recociéndose en la propia resolución que procede frente a la misma “reclamación previa a la vía laboral (...) dentro del plazo establecido en el artículo 69.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social”, así como la posibilidad de presentar demanda ante este mismo orden jurisdiccional en el caso de desestimación presunta.

**3.** Con fecha 22 de septiembre de 2016, la Jefa de la Sección de Personal de la Consejería instructora formula propuesta de resolución en el sentido de desestimar la solicitud de nulidad. Argumenta que la tramitación del expediente disciplinario ha cumplido todas las prescripciones legales, que su resolución ha sido adecuadamente notificada y que el perjudicado no la impugnó en plazo, añadiendo que la incapacidad permanente ha de ser declarada por el órgano competente para que surta efectos. Subraya que “lo que realmente ha afectado a sus funciones como educador son sus continuas ausencias a su centro de trabajo, ya que han causado graves perjuicios, tanto a las personas usuarias del servicio de CAI como al resto del personal, por lo que fue necesario abrir el correspondiente expediente disciplinario”.

4. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de octubre de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales de 2 de octubre de 2015, por la que se impone una sanción de suspensión de empleo y sueldo a un empleado público de naturaleza laboral, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**ÚNICA.-** El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante solicitud del interesado registrada en la Administración del Principado de Asturias el 1 de junio de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

Aislado *rationae temporis* el marco normativo aplicable, se observa que la declaración de nulidad sometida a nuestra consideración habría de seguir el cauce establecido en la LRJPAC para las acciones fundadas en sus artículos 62.1 y 102, atendiendo a los términos en que está planteada la solicitud de incoación del procedimiento, en la que se insta la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada. Se advierte entonces que en el seno de ese procedimiento de revisión de oficio se han omitido trámites de distinta significación, pues únicamente se incorpora a él un informe jurídico y una propuesta de resolución.

Ahora bien, el asunto sometido a consulta se refiere a la revisión de oficio y solicitud de declaración de nulidad promovida por un empleado público, de naturaleza laboral, frente a la resolución por la que se le impone una sanción disciplinaria por la comisión de una falta muy grave tipificada en el convenio colectivo de referencia.

Por ello, la naturaleza del acto cuya nulidad se impetra obliga a un examen apriorístico acerca de la misma idoneidad de la vía de la revisión de oficio como cauce formal procedente para su sustanciación.

Al respecto, se advierte que la potestad revisora atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración constituye una vía excepcional de revisión de actos en vía administrativa cuyo ámbito material se extiende exclusivamente a los actos administrativos, esto es a los actos jurídicos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo, como Derecho común y propio de las Administraciones públicas.

Tratándose de personal laboral de la Administración, resulta preciso distinguir entre la relación jurídica ya constituida y los actos preparatorios del contrato. El Consejo de Estado, en su Dictamen 2878/1995, de 11 de abril, afirma que la posibilidad de aplicar las normas administrativas a los procesos de selección del personal laboral "se ha razonado por este Alto Cuerpo a través de la doctrina de los actos separables, de manera expresa en el Dictamen 202/94, de 15 de junio de 1994, con abundancia de argumentos, y también admitido claramente en los Dictámenes 249/94 y 849/94, de 24 de marzo y 9 de junio de 1994./ Se parte en ellos de la distinción entre la relación jurídica ya constituida y el proceso que a establecerla conduce, preparatorio del contrato o relación bilateral que después surgirá, sometidos estos a sus normas y jurisdicción propias, y aquel proceso a régimen jurídico administrativo".

Se distinguen así dos fases, una preparatoria, que constituye una actuación de la Administración sujeta a las normas del Derecho Administrativo, en el que esta actúa investida con el carácter de poder público y dotada de unas potestades exorbitantes, entre las que se encuentra la facultad de revisar por sí misma la legalidad de su actuación -y cuya impugnación la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:5883- (Sala de lo Social, Sección 1.ª), recaída en recurso para la unificación de doctrina, residencia en el orden contencioso-administrativo, toda vez que en el acceso al empleo público la Administración no actúa "como empresario dentro del marco de un contrato ya existente (...), sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa"-; y una segunda fase que se inicia a partir de la formalización de los contratos, caracterizada por el nacimiento de una relación contractual sujeta a normas de derecho laboral, y en el que la Administración interviene en su condición de empleador equiparada a un sujeto privado y, en consecuencia, desprovista de la prerrogativas propias del Derecho Administrativo, por lo que las decisiones que adopte en este ámbito deben ser dirimidas con sujeción al orden jurisdiccional laboral, a cuyo efecto deberá recabar la correspondiente tutela judicial ante dicha jurisdicción.

En el asunto sometido a consulta el acto de la Administración cuya revisión se pretende es una sanción disciplinaria impuesta al interesado, ligado a la Administración del Principado de Asturias por una relación de servicios profesionales de carácter jurídico-laboral, y, por tanto, no estatutaria o administrativa. En la propia resolución impugnada se señala la procedencia frente a la misma de la "reclamación previa a la vía laboral (...) dentro del plazo establecido en el artículo 69.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social", así como la posibilidad de presentar demanda ante este mismo orden jurisdiccional en caso de desestimación presunta. En consecuencia, estamos ante un acto sujeto -en cuanto al régimen jurídico aplicable- al Derecho del Trabajo y no al Derecho Administrativo, dictado por la Administración en el ejercicio del poder disciplinario que el Estatuto de los Trabajadores confiere al que ostenta la posición jurídica de empleador en la relación laboral y fundado en las previsiones del vigente Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

Esta naturaleza no se altera o confunde por razón de la aplicación al personal laboral de la Administración autonómica de diversas prescripciones del Estatuto Básico del Empleado Público, bastando observar que en la norma se le denomina precisamente "personal laboral", y que la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, señala que sus disposiciones "se dictan al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; al amparo del artículo 149.1.7.<sup>a</sup> de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral". No enumera ni deslinda el legislador estatal en este caso los preceptos que se amparan en uno u otro título competencial, pues en la técnica adoptada por el Estatuto Básico se funden dentro de la misma proposición normativa regulaciones dirigidas a unos y otros empleados públicos. Así, el artículo 93.1 establece que "Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título

y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto”, y en su apartado 4 añade que “El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral”; pero esa prevalencia del Estatuto sobre la legislación laboral en materia disciplinaria no sustrae los actos dictados en su aplicación del régimen común -material y procesal-, pues las normas del Estatuto Básico son “laborales” en cuanto afectan a la relación de servicio del personal de esta naturaleza.

Como es conocido, el propio legislador estatal -a través de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas- ha suprimido de su estatuto el residuo de prerrogativa que ostentaban cuando actuaban en relaciones de Derecho privado, eliminándose así del derecho común de las Administraciones las reclamaciones previas a las vías civil y laboral. Se advierte, en este contexto, que lo derogado -lo único que subsistía- es ese privilegio del acto previo, a fin de que la Administración se someta al mismo régimen que los particulares cuando opera en relaciones de derecho privado, sin que quepa plantear la vigencia en este orden de relaciones de la manifestación más exorbitante de la autotutela administrativa, como es la revisión de oficio de sus actos por la propia Administración.

Consecuencia directa de lo anterior es que el acuerdo sancionador adoptado quedaría excluido de la posible revisión de oficio, por cuanto, como afirma el Consejo de Estado (Dictámenes Núm. 53977, de 24 de mayo de 1990; 701/1991, de 4 de julio, y 2755/1997, de 19 de junio), los actos privados de la Administración (como lo es el acto sujeto al ordenamiento laboral) no son revisables de oficio por la Administración pública al amparo de las disposiciones pertinentes de la LRJPAC.

En consonancia con su naturaleza, las cuestiones litigiosas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, sin excluir las dirigidas contra la Administración que le afecten como sujeto de una



relación laboral, son competencia de los tribunales del orden jurisdiccional social. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los tribunales del orden social “conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho”, especificándose en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, su competencia respecto de las cuestiones litigiosas que se promuevan “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo” -artículo 2, apartado a)-, y recogiendo en la misma Ley las especialidades para la sustanciación de las impugnaciones dirigidas frente a las sanciones impuestas por el empresario -artículos 114 y 115-, que se someten al mismo plazo de caducidad de las acciones frente al despido -artículo 114.1-.

Se aprecia así que la revisión del acto cuestionado en el presente procedimiento se residencia en el orden jurisdiccional social, mientras que la anulación de oficio en vía administrativa surge como remedio correlativo y sustitutivo de la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de ulterior recurso ante la misma. Ello conduce a la inaplicación al presente caso del mecanismo de revisión propuesto, cuya sustanciación en vía administrativa dejaría expedito el acceso -mediante la impugnación del acto definitivo que resuelva la revisión de oficio- a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

En suma, aunque el interesado se manifiesta vaga o confusamente -sin concretar siquiera la causa de nulidad, que no se atisba en lo actuado-, puede concluirse que, si sostiene que la decisión sancionadora adoptada está viciada de nulidad, tal pretensión debió plantearse como reclamación previa en el plazo de 20 días hábiles desde el siguiente a la notificación de la resolución, y en caso de desestimación expresa o presunta ante el órgano competente de la jurisdicción social, por tratarse de una pretensión que trae causa de la relación laboral que liga al interesado con la Administración -sin que proceda el cauce de la revisión de oficio, concebido para los actos administrativos-, y con reserva

de la competencia a los tribunales de lo social, a los que incumben las controversias atinentes a las sanciones impuestas al personal laboral. Agotados los plazos para el ejercicio de acciones ordinarias, como aquí sucede, el medio de ataque que el ordenamiento contempla es únicamente el recurso extraordinario de revisión.

En definitiva, aunque la pretensión revisora ahora deducida se ha encauzado a través de la vía de la revisión de oficio ante la Administración, la controversia que en ella subyace es de carácter eminentemente laboral, y, por tanto, su sustanciación compete a los tribunales de este orden jurisdiccional y no a la Administración pública. Esta consideración permitiría acudir a la inadmisión *a limine* prevista en el artículo 102.3 de la citada LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 2 de octubre de 2015, por la que se impone una sanción de suspensión de empleo y sueldo a un empleado público de naturaleza laboral.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.