



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **146/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 28 de mayo de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torre Pacheco, mediante oficio registrado el día 25 de abril de 2018, sobre revisión de oficio del acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación del día 26 de enero de 2017, relativo al calendario laboral para 2017 (expte. **84/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de enero de 2017, el Pleno del Ayuntamiento de Torre-Pacheco aprueba la propuesta presentada por la Concejala Delegada de Personal y Desarrollo Local sobre el calendario laboral para el año 2017, en la que se fija la jornada laboral para dicho ejercicio.

El apartado segundo, A) del referido acuerdo plenario fija dicha jornada partiendo de las siguientes premisas:

- La jornada laboral es de 7 horas y 30 minutos diarios, lo que multiplicado por 365 días arroja un total de 2.737,50 horas anuales.

- Sobre ese total descuenta las horas correspondientes a vacaciones, festivos, sábados, domingos y días de libre disposición, más 40 horas en concepto de "*tiempo para la conciliación de la vida laboral y familiar*", lo que arroja un "*total de horas netas anual a realizar*" de 1.572,50 horas.

- El acuerdo, asimismo, recoge los siguientes extremos:

"B) Estas horas totales, son de carácter general, estando descontadas las horas correspondientes a los días de asuntos propios, y a estas horas habría que descontarle los días que le corresponderían a cada funcionario por lo expuesto en los artículos 48 (excepto apartado k) y 49 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.

C) Si fuesen aprobados o reconocidos otros permisos y/o días de vacaciones, durante el año 2017, esas horas habría que descontarlas del cómputo general.

D) ...

Durante 2017, los trabajadores municipales, dentro del Programa de Conciliación de la vida laboral y familiar que se ha venido desarrollando en el año 2016, destinarán al mismo un máximo de 40 horas lectivas anuales, compaginando el desarrollo del programa con las tareas y funciones encomendadas a cada puesto".

La referencia al programa de conciliación de la vida familiar y laboral alude al contenido del Acuerdo del Pleno de 31 de marzo de 2016, por el que se fija la jornada laboral de 2016, en el que se prevé que *"durante 2016, los trabajadores municipales desarrollarán un programa de conciliación de la vida laboral y familiar, para el que se destinarán un máximo de 40 horas lectivas anuales, y que será coordinado por la Comisión de Control, adaptado a las necesidades de cada uno de los colectivos que conforman las Plantillas Municipales, circunstancias familiares y peculiaridades, y que deberá procurar compaginar el desarrollo del programa con las tareas y funciones encomendadas a cada puesto".*

SEGUNDO.- Con fecha 26 de enero de 2018, la Intervención Municipal repara las variaciones de la nómina de enero de 2018 ante *"los múltiples incumplimientos horarios como saldo del total del ejercicio 2017 en empleados municipales, según cuadros horarios del mes de diciembre. Dado que el cumplimiento de la jornada horaria anual es una obligación normativa competencia del Estado que no es negociable sindicalmente, teniendo en cuenta los déficits horarios existentes se informa que esta Intervención efectuará reparo de la nómina del mes de enero de cada empleado municipal que no haya cumplido la jornada horaria del año 2017, salvo que se presente un calendario de cumplimiento individual en el período que se establezca del año 2018".*

TERCERO.- A la vista del informe interventor, por el Servicio de Asuntos Generales y Personal del Ayuntamiento se propone que se proceda a la compensación del déficit horario de los empleados municipales, fijando como fecha límite para ello el 31 de marzo de 2018.

CUARTO.- El 31 de enero de 2018, el Secretario municipal accidental evacua informe en el que manifiesta que las 40 horas previstas en la jornada laboral de 2016 y 2017 se vinculan a un programa de conciliación de la vida familiar y laboral y que se prevén como máximas, por lo que no debe interpretarse que todos los empleados dispongan de esas horas para descontarlas de su jornada anual. Tras mostrar su conformidad con la regularización del horario individual de cada empleado público apuntada por el Servicio de Asuntos Generales y Personal, señala la conveniencia de recabar informe de la Dirección General de Administración Local.

QUINTO.- Recabado el indicado informe, el 13 de febrero de 2018 lo evacua el Servicio de Asesoramiento a Entidades Locales de la Dirección General de Administración Local, que alcanza las siguientes conclusiones:

"Primera.- La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local es, en cómputo anual, la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, esto es, de mil seiscientos cuarenta y dos horas anuales, aplicándoseles también las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada (art. 94 de

la LRBRL).

La Administración Local no tiene competencia para negociar en materia de jornada laboral en cómputo anual, pudiendo eso sí fijar y establecer su propio calendario, siempre que se respete la citada jornada anual, que se calculará descontando las vacaciones, los festivos estatales, autonómicos y locales, los asuntos propios y los días 24 y 31 de diciembre.

Segunda.- Respecto a los permisos, licencias y vacaciones retribuidas de los funcionarios de la Administración Local, el art. 142 del TRRL dispone que éstos tendrán derecho a aquellas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, si bien, tras la entrada en vigor del TREBEP, como norma básica del Estado, se ha de entender la prevalencia de esta norma sobre las demás.

Considerándose que en la referida materia, la regulación básica estatal y la autonómica no regula derechos mínimos que puedan ser alterados por las Corporaciones Locales, considera este SAEL que la reducción de la jornada laboral, en cómputo anual, de 40 horas "tiempo para la conciliación de la vida laboral y familiar" aprobada por acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Torre Pacheco de 26 de enero de 2017, no se ajusta a derecho, por exceder dicha regulación de sus competencias.

Tercera.- Por lo expuesto, procedería que el Ayuntamiento de Torre Pacheco:

- Revisara de oficio el citado acuerdo adoptado por el Pleno en fecha 26 de enero de 2017, por infringir el ordenamiento jurídico (y en concreto, el artículo 94 de la LRBRL) en virtud de lo dispuesto en los artículos 106 y ss. de la LPACAP.

- Estudiara las opciones planteadas por los técnicos en el expediente, a fin de que los empleados municipales pudieran regularizar la jornada laboral de 2017, si fuera necesario, cumpliendo con ello la jornada anual exigida".

SEXTO.- Con fecha 2 de marzo de 2018, el Pleno acuerda incoar el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo Plenario de 26 de enero de 2017, en lo referido a la aprobación de la jornada laboral anual de los empleados públicos municipales, por concurrir la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1, b) LPACAP, es decir, por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

SÉPTIMO.- Concedida audiencia a la Junta de Personal y al Comité de Empresa del Ayuntamiento, ambos órganos presentan idénticas alegaciones que, en síntesis, sostienen que:

- El Acuerdo cuya revisión se pretende no vulnera el ordenamiento jurídico y, si lo hiciera, no estaría incurso en causa de nulidad, por lo que el procedimiento adecuado para dejarlo sin efecto sería el de lesividad no el de revisión de oficio.

- El Acuerdo fue adoptado en Mesa General de Negociación y sobre materias de obligada negociación, y luego fue objeto de ratificación por el Pleno, siguiendo todos los trámites legalmente establecidos.

- El Acuerdo regula el tiempo que, como máximo, los trabajadores municipales pueden utilizar con carácter individual, como permiso, para atender deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 48.1, letra j, TREBEP), y lo hace en el marco de dos documentos, como son la propuesta de Conciliación para Empleados y Empleadas Municipales y el Plan Integral de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de los empleados Públicos del Ayuntamiento, elaborado por los Servicios Municipales de Servicios Sociales.

Solicitan los alegantes que se incorporen al procedimiento ambos documentos, así como la relación individualizada de personal funcionario y laboral que han utilizado horas de permiso al objeto de conciliar su vida laboral y familiar, con expresión del número de horas utilizadas.

OCTAVO.- El 17 de abril de 2018, la Jefa del Negociado de Personal informa que no consta que se hayan aprobado planes de conciliación de la vida personal y familiar en los años 2016 y 2017. Únicamente se elaboró un borrador que no llegó a ser aprobado.

Asimismo informa que no consta ninguna solicitud de permiso formulada por empleado público municipal con cargo a las 40 horas de conciliación contempladas por el Acuerdo, *"por el contrario, diversos trabajadores municipales se han limitado a realizar una jornada anual inferior en 40 horas a la que hubiera sido exigible si no se hubiera incluido en el acuerdo plenario ese descuento de 40 horas anuales por motivos de conciliación. Es decir, no se ha solicitado por ninguno de los empleados públicos del Ayuntamiento el disfrute de esas 40 horas, o la justificación de 40 horas de ausencia al año por causas motivadas de conciliación de la vida personal y familiar, ni mucho menos amparadas en el supuesto plan de conciliación que no llegó a tramitarse, aprobarse ni dársele difusión"*.

NOVENO.- Con fecha 17 de abril de 2018, el Servicio de Asuntos Generales y Personal propone desestimar las alegaciones presentadas, al considerar que la determinación de la jornada en cómputo anual y los permisos retribuidos *"no son materia negocial de competencia municipal, ni tampoco los órganos municipales tienen competencia para adoptar acuerdos o dictar resoluciones en estas materias, como consecuencia de lo cual, la posibilidad de establecer una jornada anual inferior a la mínima establecida por el Estado, o la fijación de permisos retribuidos por motivos de conciliación de la vida personal y familiar (en lo que realmente se traduce ese descuento de 40 horas anuales acordado en la resolución revisada), de acordarse, como es el caso, por el Pleno de la Corporación, se estarían adoptando por órgano manifiestamente incompetente, y serían nulas de pleno derecho"*.

Propone, en consecuencia, que por el Pleno del Ayuntamiento se proceda a declarar la nulidad del Acuerdo sometido al procedimiento de revisión y se ordene, en procedimiento administrativo independiente, la regularización horaria de aquel personal que no haya cumplido la jornada anual de 1642 horas, dándole un plazo no superior a tres meses para hacerlo, con la advertencia de que, de no completar dicha jornada, se procederá al descuento de haberes en nómina.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado un extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de abril de 2018.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de las Corporaciones Locales en supuestos de nulidad de pleno derecho, vicios que se alegan en el presente expediente, en relación con el 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

De igual modo, el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo LBRL), señala: *"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"*, remisión que, dada la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio, que data del 2 de marzo de 2018, ha de entenderse realizada a los artículos 106 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en relación con el artículo 47 de la misma Ley, que establece las causas de nulidad.

SEGUNDA.- El procedimiento de revisión de oficio y el órgano competente.

I. El procedimiento de revisión de oficio y los trámites que lo integran conforme a la normativa de aplicación.

El artículo 106.1 LPACAP establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el 47.1; entre estos supuestos se encuentra el invocado por el Ayuntamiento de Torre-Pacheco, concretamente el apartado b) del citado artículo relativo a la nulidad de los actos administrativos que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, lo que predica el Ayuntamiento respecto al Acuerdo del Pleno de 26 de enero de 2017, por el que se fija la jornada laboral del año 2017 para los empleados públicos municipales. No obstante, y como más adelante se razona *in extenso*, el carácter materialmente normativo de este Acuerdo cuya revisión se pretende impone acudir al art. 106.2 LPACAP, que habilita a las Administraciones Públicas y previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, a declarar la nulidad de sus disposiciones en los supuestos previstos en el artículo 47.2 LPACAP.

También establece el artículo 106.5 de la misma Ley que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el

transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. En este caso el procedimiento se inició el 2 de marzo de 2018, por lo que la fecha límite para la resolución y notificación sería el 2 de septiembre de 2018, sin que se tenga constancia en el expediente de que el órgano competente haya procedido a suspender el procedimiento desde la petición de nuestro Dictamen hasta su recepción, acogiendo a lo previsto en el artículo 22.1,d) LPAC 2015.

En relación con el procedimiento de revisión de oficio, este Consejo Jurídico ha señalado reiteradamente que, como mínimo, debe estar integrado por el acuerdo de iniciación por el órgano competente para la resolución con designación del órgano que instruye, los informes pertinentes, la práctica de la prueba si así se propone, la audiencia a los interesados y la propuesta de resolución que se somete a Dictamen de este Órgano Consultivo. En su aplicación al caso, consta el acuerdo de iniciación por el órgano competente, los trámites de audiencia a las partes interesadas, que se han sustanciado a través de los órganos de representación de los empleados públicos municipales, así como la propuesta de resolución que se somete a Dictamen.

Ha de hacerse, no obstante, una observación acerca de la conformación del expediente remitido, pues no se han incorporado documentos de interés que, como antecedentes del Acuerdo cuya revisión de oficio se pretende, pudieran ilustrar a este Consejo Jurídico acerca de extremos relevantes para el mayor acierto de la decisión a adoptar y que debieron acompañar a la consulta de conformidad con el art. 46.2 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril. Así, no se incorpora al expediente remitido el acuerdo alcanzado en la Mesa de Negociación y que dio lugar al Acuerdo Plenario de 26 de enero de 2017, como tampoco se ha incorporado la propuesta del plan de conciliación a que se refiere el Acuerdo de jornada de 2016 y el informe del Secretario municipal.

II. Sobre el órgano competente para la declaración de nulidad de pleno derecho.

Aunque al Ayuntamiento de Torre-Pacheco no le es de aplicación el régimen de organización de los grandes municipios (Título X de la LBRL), corresponde al Pleno la declaración de nulidad de pleno derecho, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 21.1,l), 22.2,k) y 110.1 LBRL, según se ha señalado por este Órgano Consultivo, entre otros, en los Dictámenes núms. 98 y 168 del año 2006.

TERCERA.- De la naturaleza del acto sujeto a revisión.

El Acuerdo del Pleno de 26 de enero de 2017 fija la jornada laboral para los empleados municipales durante el año 2017. Afirma expresamente que responde al resultado de la negociación alcanzado en Mesa General de Negociación, si bien con dos modificaciones puntuales respecto de lo allí acordado, que no afectan al punto controvertido, consistente en una reducción de 40 horas en concepto de tiempo para la conciliación de la vida laboral y familiar sobre la jornada anual de referencia, que es la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado por mandato del artículo 94 LBRL.

La determinación de la jornada laboral -de forma directa o indirecta a través de regulaciones de figuras, como los permisos, que pueden incidir en ella- conlleva la fijación de condiciones de trabajo de los empleados municipales, como afirma el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 14 de diciembre de 2006: *"La estructura retributiva, entendiendo por tal los conceptos que integran la contraprestación económica que devengan los funcionarios por su actividad profesional, es un elemento principal y no secundario de la relación*

funcionarial. También merece la misma consideración todo lo que, como son las vacaciones y los permisos, pueda tener incidencia en la determinación de la jornada anual de trabajo. Y así debe ser considerado porque las materias mencionadas representan aspectos imprescindibles para definir el contenido de derechos y obligaciones que necesariamente corresponde a la relación funcionarial".

Asimismo, se encuentra entre aquellas materias de obligada negociación conforme al art. 37.1, letra m) TREBEP.

Dicho texto refundido, asimismo, dispone que en el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones (art. 38.1). Los pactos se celebran sobre materias que se corresponden estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscribe y se aplican directamente al personal del ámbito correspondiente (art. 38.2), mientras que los Acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas y para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos (art. 38.3).

Tales Pactos y Acuerdos tendrán una eficacia directa, de forma que pasan a regular por sí mismos las relaciones de empleo de los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación -salvo en materias sometidas a reserva de Ley-, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente (art. 38.3 en relación con los Acuerdos).

Sobre la naturaleza jurídica de este tipo de normas, existen diversas posiciones doctrinales que apuntan a la consideración de los Acuerdos como reglamentos negociados o reforzados, en tanto que para alcanzar eficacia normativa han de ser ratificados por el órgano de gobierno correspondiente; otros autores inciden en su consideración como contratos normativos o como "*contrato colectivo-reglamento*" o norma negociada. En la jurisprudencia, la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso, Sede Valladolid, de 29 de junio de 2010, se inclina por considerar este tipo de acuerdos como "*contrato colectivo-reglamento, siendo constitutivos de una nueva fuente del derecho en el ámbito de la Función pública y que dan lugar a unas normas denominadas "negociadas o pactadas" cuyo rango jerárquico se equipara a las que dictó el órgano administrativo que aprobó o ratificó el mencionado acuerdo; pudiendo así derogar, modificar o sustituir a los reglamentos (en este caso los municipales) que se venían ocupando de regular las materias abordadas por el acuerdo y teniendo una eficacia normativa mediata o inmediata sobre las condiciones de trabajo según el tipo de regulación que contengan (mero establecimiento de principios básicos o tratamiento detallado sobre ciertas materias)".*

En consecuencia, los pactos y acuerdos son el fruto de la negociación y, como tales, figuras cercanas, aunque con significativas diferencias, al convenio colectivo propio del ámbito laboral. Tienen eficacia personal generalizada ("erga omnes") y obligatoria, por lo que participan de las características de las normas jurídicas, aunque tienen un origen pactado.

Y en la medida en que dicho acuerdo negocial ha de ser complementado por el acto formal del órgano de gobierno municipal que lo ratifica y lo hace suyo, adquiriendo así plena fuerza reguladora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, entiende el Consejo Jurídico que el Acuerdo municipal objeto de revisión no es tanto un acto administrativo singular, cuanto una disposición administrativa, lo que incide sustancialmente sobre las causas de nulidad invocables para fundamentar la revisión pretendida, que ya no serán las tasadas enumeradas en el artículo 47.1 LPACAP, sino la establecida en el apartado 2 de este precepto.

A idéntica conclusión llega la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en su Dictamen 17/2010 cuando afirma que *"la naturaleza jurídica de los acuerdos sobre condiciones de trabajo, aprobados por el órgano de gobierno competente, es la de un acto normativo o una disposición de carácter general del Estatuto de los funcionarios públicos elaborada mediante un procedimiento especial de carácter convencional, de tipo reglamentario, pero diferente del reglamento en sentido propio (...) los acuerdos y pactos de los funcionarios públicos, a diferencia de lo que ocurre con los convenios colectivos, carecen, por ellos mismos, de fuerza vinculante, ya que su normativa se deriva del acto administrativo aprobatorio. Así, se puede hablar de un contrato colectivo-reglamento o de un reglamento reforzado. En virtud de las consideraciones anteriores parece plausible, a estos efectos de declaración de nulidad de pleno derecho, equiparar el Acurdo del Ayuntamiento de Torelló, de 27 de abril de 2009, a las disposiciones generales recogidas en el artículo 62.2 LPAC"*.

CUARTA.- Sobre la naturaleza de la revisión de oficio. Carácter excepcional.

Ya se ha indicado que el artículo 106.2 LPACAP establece que las Administraciones Públicas, a través del procedimiento indicado, declararán de oficio la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2 de la misma Ley. Este último precepto dispone que serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Nuestro sistema establece la anulabilidad como consecuencia ordinaria y general de la ilegalidad del acto administrativo (artículos 48 en relación con el 107, ambos LPAC) y sólo como excepción de tal regla se admite que un acto ilegal sea nulo de pleno derecho (cuando concurren las causas tasadas del artículo 47.1 LPACAP).

Por el contrario, la ilegalidad de la disposición administrativa conlleva de forma ordinaria su nulidad, de modo que será nula aquella disposición que vulnere lo establecido en normas o disposiciones de rango superior.

Como señalamos entre otros en el Dictamen 213/2015, este Consejo Jurídico ha destacado la interpretación restrictiva de la utilización del cauce de la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, también en las disposiciones generales, con cita del Dictamen 69/2004, de 5 de febrero, del Consejo de Estado (Memoria correspondiente al año 2011). Este último Órgano, en el Dictamen 836/2000, expresó lo siguiente:

"(...) el Consejo considera que la cláusula general del artículo 62.2 [hoy, 47.2 LPACAP], precisamente por su amplitud y atendiendo a la restricción que de la potestad de la revisión de oficio por parte de la Administración hizo la Ley 4/1999, debe ser interpretada muy estrictamente a efectos de la aplicación del artículo 102.2 [hoy, 106.2 LPACAP]. Esto es, el Consejo, coherente con la doctrina general acuñada sobre la nueva regulación de la potestad de la Administración en cuanto a la revisión de sus actos, considera que sólo en caso de una violación frontal y flagrante del principio de jerarquía normativa afirmado en el artículo 9.2 de la Constitución, al que se refieren las especificaciones del artículo 62.2, procede la revisión de oficio prevista en el correlativo 102.2".

Esta utilización restrictiva de la excepcional vía revisoria de las disposiciones administrativas ha de ponerse en inmediata relación con las distintas posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico a la Administración para

subsanan las deficiencias o ilegalidades que advierta en sus propios reglamentos procediendo, por ejemplo, a su modificación, que evitaría tener que acudir al supuesto estricto y restringido de la revisión de oficio por causa de nulidad. En efecto, a diferencia de los actos administrativos, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración comporta, con toda evidencia, la posibilidad de reformar lo previamente reglamentado, sin necesidad de seguir a tal efecto el procedimiento de revisión de oficio del artículo 106.2 LPACAP.

A este respecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2012, considera la posibilidad de sanar los defectos sin necesidad de acudir al procedimiento de revisión de disposiciones de carácter general sobre la base de la siguiente argumentación:

"Frente al planteamiento de la Sala de instancia tenemos que destacar que quien ostenta la potestad reglamentaria, además de acudir al procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales previsto en el artículo 102.2 citado, puede también depurar o corregir los eventuales defectos de forma, de procedimiento o de fondo advertidos en una disposición mediante el dictado de una nueva que subsane el defecto advertido".

Para concluir que *"en todo caso, debe quedar claro que la Administración titular de la potestad reglamentaria puede, en uso de la misma, derogar o modificar su reglamento sin necesidad de acudir al cauce al que remite la sentencia. Y sucede asimismo que, en estos casos en que no consta que la disposición que se dice defectuosa haya sido objeto de impugnación directa ni indirecta en vía jurisdiccional, la vía que podíamos llamar de convalidación por subsanación, mediante la modificación del Plan/Reglamento, permite que éste se conserve con las alteraciones y depuraciones que procedan, y evita el vacío normativo -desde luego, poco satisfactorio- que comporta la declaración de nulidad".*

En el supuesto ahora sometido a consulta, no obstante, ha de advertirse que se trata de una disposición administrativa cuyos efectos se habrían ya extinguido, toda vez que su vigencia era meramente temporal y limitada al año 2017, y aunque pudiera considerarse prorrogada (art. 38.11 TREBEP) en defecto de acuerdo en contrario, denuncia o aprobación de un nuevo acuerdo sobre jornada laboral para 2018, surge la cuestión acerca de la procedencia de declarar la nulidad de una disposición que carecería de eficacia en la actualidad.

A tal efecto, el artículo 110 LPACAP establece límites a las facultades de revisión de las Administraciones Públicas, estableciendo que no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

En la aplicación de estos límites se ha considerado en ocasiones que el agotamiento de las situaciones jurídicas nacidas del acto que se pretende revisar puede incardinarse en el término genérico "otras circunstancias" utilizado por el precepto legal. Así, por ejemplo, el Dictamen 30/2008 del Consejo Consultivo de Extremadura señala que *"si bien debe procederse a la anulación de los actos administrativos cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 62.1º de la Ley 30/1992, destruyendo así las situaciones jurídicas constituidas por los mismos, ya no será posible cuando éstas han desaparecido. Es decir, no sólo han agotado su eficacia los actos administrativos (los nombramientos en este caso) sino que además las situaciones o relaciones jurídicas derivadas de los mismos ya no existen, se han agotado también".*

Sin embargo, no parece que las circunstancias concurrentes lleven a la aplicación de este límite en el supuesto de

la consulta, toda vez que no cabría considerar agotadas las situaciones jurídicas nacidas de la disposición cuya nulidad se pretende, como evidencia la actuación interventora que se encuentra en el origen del procedimiento revisor, pues aunque los efectos de la disposición se circunscribieran al ejercicio 2017, las situaciones jurídicas nacidas de su aplicación, en la forma de déficit en el cumplimiento de la jornada laboral exigible a todos los empleados públicos y la consiguiente intimación para su regularización, no se habrían aún extinguido.

Del mismo modo, no procedería acudir a la excepcional vía de la revisión de oficio del Acuerdo de 26 de enero de 2017 si se diera la circunstancia de que lo ilegal no fuera la redacción misma de la disposición controvertida, sino la interpretación que de ella se ha realizado por los empleados municipales y por el propio Ayuntamiento. Y es que partiendo de los términos en que se expresa la indicada disposición reguladora de la jornada laboral, que vincula la reducción de las 40 horas controvertidas a la conciliación de la vida laboral y familiar, en el marco de un supuesto Programa de Conciliación que habría sido aplicado en el Ayuntamiento consultante, existen intentos de construir una interpretación del referido Acuerdo que permitiría considerarlo adecuado a la normativa básica de función pública. Dicha interpretación, apuntada por los órganos de representación del personal alegantes, pretende reconducir las horas de conciliación de la vida familiar y laboral en disputa a la figura del permiso previsto en el artículo 48.1, letra j) TREBEP, que lo otorga *"por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar"*.

En la señalada interpretación, el tiempo destinado a estos deberes de conciliación no habría de ser restituido o compensado por el empleado público, en la medida en que se ampararía en la concesión del oportuno permiso.

Así, podría deducirse que el Acuerdo establecía una reducción de la jornada anual de trabajo vinculada al disfrute de un permiso de conciliación, fijando un máximo de horas de reducción del que podría disfrutar cada funcionario o trabajador. De modo que, para poder acogerse a dicha reducción, cada empleado habría de solicitar y obtener un permiso para la atención de deberes de conciliación, que se extendería por el tiempo indispensable para ello.

Sin embargo, del expediente se deduce que no fue ésta la aplicación que realizó el Ayuntamiento y algunos de sus empleados públicos de la reducción de jornada por causas de conciliación que se plasmó en el Acuerdo hoy sujeto a revisión, y lo cierto es que no cabe admitir dicha interpretación atendiendo a los términos del propio acuerdo.

En primer lugar, porque tras contabilizar las 40 horas de conciliación para reducir la jornada anual de trabajo y dejarla en 1.572,50 horas anuales netas a realizar, el Acuerdo dispone que *"estas horas totales son de carácter general, estando descontadas las horas correspondientes a los días de asuntos propios, y a estas horas habría que descontarle los días que le corresponderían a cada funcionario por lo expuesto en los artículos 48 (excepto apartado k) y 49" TREBEP*. Es decir, prevé expresamente que de las horas de jornada ordinaria neta anual ya indicada habría que descontar las correspondientes a cualesquiera permisos previstos en los artículos 48 y 49 TREBEP, con la única salvedad de los días de asuntos propios (art. 48.1, k).

Luego, de concederse cualquier otro permiso que no fuera el de asuntos propios, como el previsto en el art. 48.1,j) TREBEP para la conciliación de la vida familiar y laboral, el tiempo de dicho permiso sí habría de ser descontado de la jornada anual neta establecida en el Acuerdo. De donde se deduce claramente que las 40 horas como tiempo de conciliación de la vida laboral y familiar contempladas en el Acuerdo no se consideran como tiempo de permiso, pues de lo contrario se habría efectuado una salvedad similar a la que realiza de los días de asuntos propios que sí se descuentan al hacer el cálculo de la jornada anual neta.

Por otra parte, ha de advertirse que el permiso previsto en la normativa básica para la conciliación de la vida laboral y familiar no se otorga por días u horas predeterminados, sino "por el tiempo indispensable" para el cumplimiento del deber que justifica la concesión del permiso. En consecuencia, el tiempo por el que se conceda variará en atención a los deberes que se pretenda atender con dicho permiso, por lo que no deberían reducirse con carácter general de la jornada ordinaria 40 horas, presumiendo que todos los empleados públicos van a utilizar el máximo de horas disponibles a estos efectos, pues a lo largo del año un trabajador puede necesitar una parte, todas, ninguna o más de esas 40 horas previstas en el Acuerdo.

En cualquier caso, según consta en el expediente por informe de la Jefe del Negociado de Personal de 17 de abril de 2018, durante los años 2016 y 2017 no se ha presentado solicitud alguna de permiso con cargo a las 40 horas de conciliación a que se refiere el Acuerdo. Se afirma allí que *"no se ha solicitado por ninguno de los empleados públicos del Ayuntamiento el disfrute de esas 40 horas, o la justificación de 40 horas de ausencia al año por causas motivadas de conciliación de la vida personal y familiar, ni mucho menos amparadas en el supuesto plan de conciliación que no llegó a tramitarse, aprobarse, ni dársele difusión"*. Indica, además, que lo que sí consta es que *"diversos trabajadores municipales se han limitado a realizar una jornada anual inferior en 40 horas a la que hubiera sido exigible si no se hubiera incluido en el acuerdo plenario ese descuento de 40 horas anuales por motivos de conciliación"*.

Corolario de lo expuesto es que ni de los términos literales del Acuerdo, ni de la interpretación y aplicación que de facto se ha venido realizando del mismo, cabe deducir que el tiempo de conciliación para la vida familiar y laboral previsto como reducción de jornada puede ser reconducido al permiso homónimo, sino que se concibe como una reducción general e indiscriminada de la jornada laboral anual, que no se somete a petición y concesión individualizada ni a justificación o acreditación de las circunstancias personales de cada empleado público que pretenda acogerse a ella.

QUINTA.- Existencia de causa de nulidad.

I. Si bien la propuesta de resolución invoca la concurrencia de una manifiesta incompetencia del Pleno para aprobar la disposición cuya nulidad se pretende, amparando esta declaración en la causa establecida por el artículo 47.1, letra b) LPACAP (actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio), ya hemos señalado que la naturaleza de disposición administrativa reguladora de condiciones de trabajo que corresponde al Acuerdo Municipal de 26 de enero de 2017 determina que su nulidad dependerá de que se aprecie la vulneración de una norma o disposición de carácter superior.

El origen paccionado de la disposición no es óbice a esta consideración, toda vez que, como ya dijimos en el Dictamen 267/2016, la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se sujeta, además de al principio de obligatoriedad, a los de legalidad y cobertura presupuestaria (art. 33.1 TREBEP), de modo que la negociación, como cualquier otra actuación administrativa, sólo es posible en los cauces marcados por la Ley (art. 9.3 y 106 CE), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (103.1 CE).

La sumisión de la norma paccionada a la legalidad vigente en el momento de su negociación y eficacia inicial no es dudosa, incluso en el ámbito laboral, con jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (por todas, sentencias de 7 de abril de 1995 y 10 de febrero de 1998) y del Tribunal Constitucional (STC 62/2001) que así lo proclama, de modo que un convenio colectivo, en su celebración, ha de respetar las normas

de derecho necesario que estén vigentes cuando las partes negociadoras lo pactan y firman. Del mismo modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de octubre de 1996, manifiesta que *"en la normativa rectora de la negociación colectiva de los funcionarios públicos (Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990) no tiene cabida una posible negociación colectiva del régimen funcional contraria a una norma legal vigente, ni la mejora del régimen legal por la negociación colectiva (a diferencia de lo que ocurre en la negociación colectiva laboral), como tenemos dicho, por todas, en nuestra S. 22 octubre 1993, siendo nulo el precepto que la viola"*.

También existe jurisprudencia consolidada que afirma la incidencia del cambio normativo incluso en los convenios ya existentes, de forma que la evolución normativa puede determinar la ineficacia sobrevenida de todo o parte de los convenios. Así, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia 48/2012, de 3 mayo, recuerda que *"es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencia TS 20-12-2007, apoyándose en sus propias sentencias de 9 de marzo de 1992 y 16 de febrero de 1999, en la que se proclamó "la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible" y que "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada", (...) puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución, como se desprende de su art. 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley (...)"*.

Así pues, la intervención del legislador en los contenidos de la negociación colectiva no comporta, de ningún modo, una vulneración del principio de autonomía colectiva, consagrado en el art. 37.1, especialmente cuando el empleador es una Administración Pública, que se rige por el principio de legalidad, el cual debe primar sobre la autonomía colectiva, a tenor con lo dispuesto en el art. 103.1 CE (...)".

Del mismo modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 2002, sobre la incidencia de las leyes de presupuestos en los acuerdos colectivos alcanzados con anterioridad a la vigencia de la ley, ha defendido que la Administración no está vinculada a los convenios suscritos que contradigan la ley, porque no existe ningún límite legal a la ordenación del gasto, ya que la Ley de Presupuestos es una verdadera ley, superior jerárquicamente al acuerdo, donde se fija la cuantía de las retribuciones de los funcionarios en el ejercicio de la potestad legislativa. Dice dicha sentencia, con cita de abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo, que *"el principio de jerarquía normativa, que garantiza el art. 9.3 de la Constitución (...) [hace] que los órganos de la Administración, en el adecuado uso de su competencia, no puedan concluir pactos o acuerdos capaces de vulnerar disposiciones de rango superior"*. Motivo por el cual los convenios colectivos que no respeten la ley no pueden considerarse válidos, ni siquiera cuando el mandato de aquélla es posterior en el tiempo al propio convenio colectivo y, por tanto, el hecho de no haber respetado la legalidad no se debe, por así decirlo, a la "rebeldía" de los negociadores, sino a que fue materialmente imposible hacerlo.

II. Afirmada la primacía de la Ley sobre la norma paccionada, surgida del acuerdo de voluntades entre los empleados públicos y la Administración, resta por determinar si la previsión de una reducción de 40 horas en concepto de tiempo para la conciliación de la vida laboral y familiar sobre la jornada exigible a los empleados públicos municipales vulnera normas de rango superior y de obligado respeto por el Ayuntamiento.

A tal efecto, el artículo 94.1 LBRL dispone que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado y se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada.

El artículo citado es una norma incompleta que debe integrarse con las normas que regulan la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado, lo que obliga a acudir a las sucesivas Resoluciones de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por las que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, que vienen estableciendo una jornada de 37 horas y treinta minutos como jornada tipo y de 40 horas semanales para el personal en régimen de especial dedicación, lo que arroja un cómputo en torno a las 1.642 horas y 30 minutos para una jornada de 37,5 horas y de 1.752 para la de 40 horas semanales, con mínimas variaciones en función de los días computables de cada año.

En la actualidad y desde el 1 de enero de 2013 se encuentra vigente la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Plasma esta resolución la previsión contenida en la Disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, según la cual la jornada general de trabajo en el Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Esta jornada ordinaria había sido previamente establecida en el art. 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que asimismo autorizaba al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado.

La vigencia de dicha jornada ordinaria de trabajo no se ha visto afectada por el TREBEP, como se ha encargado de establecer el Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 99/2016), que afirma el carácter básico que reviste la determinación de la jornada mínima de trabajo, con fundamento en el artículo 149.1, 18ª CE, toda vez que *"el Estado tiene competencia para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida a los de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, en principio, la normación relativa a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios"* (por todas, STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 13). No cabe duda de que la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo constituye una previsión integrada en la esfera *"de los derechos y deberes"* de los funcionarios (STC 163/2012, de 20 de septiembre, FFJJ 6 y 9), quedando justificada su determinación por el Estado como normativa básica en tanto estamos ante una medida que garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcional como es el tiempo de trabajo o dedicación exigible a todo funcionario, sin que además el legislador haya establecido límite en cuanto a su período de aplicación (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8)".

Del mismo modo y respecto del personal laboral de las Administraciones Públicas, afirma el Alto Tribunal que *"El precepto regula así con carácter general un aspecto de la relación laboral, específicamente en relación a los trabajadores del sector público, y lo hace mediante la fijación de una jornada mínima, lo que conlleva, por su propia naturaleza, una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Regulación que, por otra parte, no impide que, respetando esa prohibición, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias para la organización de su propio personal laboral, puedan adoptar las decisiones que estimen oportunas sobre las condiciones de trabajo de ese personal, sin perjuicio de las competencias estatales ex art. 149.1 CE (EDL 1978/3879)"*.

A la luz de dichas consideraciones el Tribunal Constitucional concluye que *"la disposición adicional septuagésima*

primera de la Ley 2/2012, al imponer una jornada general de trabajo mínima de "treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual", duración a la que se ajustarán también las jornadas especiales aun con las modulaciones que le sean propias, admite una norma autonómica que iguale o amplíe la duración de dichas jornadas laborales y también que señale los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezcan. Sin embargo, resulta incompatible con aquella norma estatal una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior" (STC 158/2016).

Del mismo modo, en la medida en que la jornada laboral que resulte en cómputo anual del Acuerdo municipal sometido a revisión sea inferior a la establecida para los funcionarios de la Administración civil del Estado, que es la prevista legalmente ex artículo 94 LBRL, dicha regulación municipal habrá de ser considerada contraria a una norma legal de carácter básico y, en consecuencia y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 47.2 LPACAP, nula de pleno derecho. En relación con la vulneración del artículo 94 LBRL por un acuerdo municipal que establece una jornada anual inferior a la de los funcionarios del Estado, la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 11/2015, de 13 de febrero, de forma categórica afirma que *"de acuerdo con las Instrucciones aprobadas por la Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, la duración máxima de la jornada de trabajo en la Administración General del Estado será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a 1.647 horas anuales. Y siendo menor el cómputo fijado en el convenio, se incumple el artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, RBRL, que establece que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. En este punto se debe estimar la demanda"*.

Sentado lo anterior, procede acudir al Acuerdo al que se refiere la consulta para determinar en qué medida la jornada anual allí establecida para los empleados municipales se aparta de lo establecido por el Estado para sus funcionarios. A tal efecto, parte el Acuerdo plenario para efectuar el cómputo de la jornada anual de una jornada diaria de siete horas y treinta minutos, lo que multiplicado por 365 días arroja un resultado de 2.737 horas y 30 minutos. A esta jornada anual "bruta" se le descuentan las horas correspondientes a los días de vacaciones (22 días hábiles), asuntos propios (6 días), los domingos y resto de festivos (17), los sábados, y el controvertido tiempo para la conciliación de la vida familiar y laboral (40 horas), arrojando un total de 1.572 horas y 30 minutos.

En el cómputo de la jornada anual los conceptos que se aplican para la reducción son comunes a los aplicados por la Administración del Estado, según admite la jurisprudencia (STSJ Valencia, de 20 de febrero de 2003, citada por la Dirección General de Administración Local en su informe), salvo el relativo a las 40 horas para la conciliación de la vida laboral y familiar, que no tiene cabida entre las reducciones aplicadas por el Estado para alcanzar las 1.642 horas de jornada anual.

Ha de advertirse, asimismo, que la diferencia de 30 horas existente entre el resultado de adicionar las 40 horas a las 1.572,5 horas recogidas en el Acuerdo y las 1.642 horas fijadas para la Administración civil del Estado, responde al sistema de cálculo utilizado, pues si el Estado calcula por semanas, el Ayuntamiento lo hace por días, lo que arroja resultados diferentes. Así, por ejemplo, al computar las vacaciones anuales, el Ayuntamiento descuenta 165 horas, resultado de multiplicar los 22 días hábiles de vacaciones por 7,5 horas/día. Por el contrario, el Estado sólo descuenta 150 horas, correspondientes a 4 semanas de 37,5 horas.

En cualquier caso y al margen de las diferencias de cálculo derivadas de la unidad utilizada para el cómputo, lo cierto es que la previsión del tiempo para la conciliación de la vida familiar y laboral como un concepto a computar en la reducción del tiempo de trabajo exigible a los empleados municipales, de forma genérica y apriorística y sin hacerlo depender de la concesión individualizada y justificada de un permiso por tal motivo, determina una jornada laboral anual inferior a la establecida con carácter básico, por lo que procede declarar la nulidad del Acuerdo en

este punto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede declarar la nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torre-Pacheco de fecha 26 de enero de 2017, que establece una jornada laboral anual inferior a la legalmente exigible.

SEGUNDA.- Debe adecuarse la fundamentación jurídica de la resolución que ponga fin al procedimiento de revisión de oficio, a la naturaleza normativa del acuerdo cuya revisión se pretende, conforme a lo indicado en las Consideraciones Tercera y Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

