



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **237/2024**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 10 de septiembre de 2024, 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 Santomera, mediante oficios registrados los días 4 y 22 de julio de 2024, (REG 202400243144), sobre revisión de oficio del artículo 19.1.g) del vigente Acuerdo Marco suscrito entre el Ayuntamiento de Santomera y su personal funcionario, sobre reducción de jornada por cuidado de familiar (exp. 2024_255), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) nº 127, de 2 de junio de 2008, publica el Acuerdo Marco sobre condiciones de trabajo 2008-2011, entre el Ayuntamiento de Santomera y su Personal Funcionario (en adelante, Acuerdo Marco), aprobado por el Pleno de la Corporación el 24 de abril de 2008.

Dicho Acuerdo Marco, de conformidad con su artículo 1, regula las condiciones de trabajo que han de regir las relaciones laborales entre el Ayuntamiento de Santomera y su personal funcionario.

Según su artículo 7, el Acuerdo Marco quedará prorrogado en sus propios términos, hasta que se alcance un nuevo acuerdo expreso.

El artículo 19.1, letra g) del Acuerdo Marco es del siguiente tenor literal:

“1. Serán licencias retribuidas y se concederán permisos en los siguientes casos (debidamente justificados y con la antelación que las circunstancias permitan):

g) Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo, algún menor de 6 años, de persona mayor que requiera especial dedicación o a un disminuido psíquico o físico que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de la jornada de 1/2 hora diaria en horario laboral y cuando sea festivo o nocturno será de una hora. Para no romper cuadrantes en los servicios podrá acumularse las horas para disfrute en otra jornada ordinaria y que no rompa el servicio.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida, todo ello se justificará con un certificado médico".

Según se desprende del expediente remitido junto a la consulta, no consta que el Acuerdo haya sido denunciado. Antes al contrario, está vigente, según certifica el Secretario General del Ayuntamiento el 19 de abril de 2024.

SEGUNDO.- Mediante Providencia de la Concejalía de Hacienda y Personal, de 29 de julio de 2022, se solicita a la Secretaría General que emita informe jurídico sobre la validez o invalidez del artículo 19.1, g) del Acuerdo Marco y sobre otro precepto de idéntico contenido del Convenio colectivo aplicable al personal laboral del Ayuntamiento.

TERCERO.- Tras reiterar dicha solicitud el 6 de febrero de 2024, el Letrado Municipal evaca, el 20 de febrero, un informe jurídico en el que no aprecia motivos de nulidad en el precepto del Convenio Colectivo, pero sí en el artículo 19.1, letra g) del Acuerdo Marco, que resultaría contrario a la normativa básica, en particular al artículo 48, h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), al prever entre los permisos retribuidos de los funcionarios municipales una reducción de jornada que, a diferencia de la establecida en el EBEP, no conllevaría la correspondiente detacción de haberes.

Considera el informe que la disposición cuya revisión se pretende está incursa en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en cuya virtud 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.

El informe apunta, asimismo, la vía de la revisión de oficio como la más adecuada para declarar la nulidad de la disposición, así como la posibilidad de suspender la ejecución de la disposición cuya revisión se pretende.

Las consideraciones y conclusiones de este informe se reproducen en otro posterior, de 19 de abril de 2024, del mismo autor y que ha sido diligenciado de conformidad por el Secretario General del Ayuntamiento.

CUARTO.- A requerimiento de la Alcaldía, la Interventora del Ayuntamiento de Santomera informa acerca de la observación complementaria que viene introduciendo en los informes de intervención previa de las obligaciones relativas a las retribuciones mensuales de los empleados públicos. Dicha observación es del siguiente tenor literal:

“Octavo. Reducción de media hora diaria por razones de guarda legal.

El artículo 19.1 letra g del Acuerdo Marco sobre condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Santomera y su Personal Funcionario años 2008 a 2011 (B.O.R.M. nº 127 de 02/06/2008) establece que “g) Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo, algún menor de 6 años, de persona mayor que requiera especial dedicación o a un disminuido psíquico o físico que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de la jornada de 1/2 hora diaria en horario laboral y cuando sea festivo o nocturno será de una hora. Para no romper cuadrantes en los servicios podrá acumularse las horas para disfrute en otra jornada ordinaria y que no rompa el servicio. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida, todo ello se justificará con un certificado médico”, siendo ésta una licencia retribuida.

A juicio de esta Intervención el citado permiso es contrario a la legalidad vigente, puesto que contraviene lo dispuesto en el artículo 48, letra h) del TREBEP, que prevé la posibilidad de reducción de jornada por razones de guarda legal, si bien la misma lleva aparejada la correspondiente reducción de retribuciones. El referido precepto del TREBEP resulta de aplicación al personal de las entidades locales, en tanto que, como ya se ha mencionado con anterioridad en el presente informe, el artículo 93 de la LRBRL dispone que a los funcionarios locales les resulta de aplicación el régimen de retribuciones de los funcionarios públicos establecido en el TREBEP.

En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª) en su Sentencia n.º 852/2022 de 29 de junio de 2022, Rec. 2594/2021, que viene a sentar jurisprudencia sobre la cuestión, y al respecto del establecimiento de una reducción de jornada por razón de guarda legal a funcionarios de las entidades locales declara su ilegalidad en el Fundamento de Derecho 5º advirtiendo que “Tras la exposición de lo anterior, la respuesta a la cuestión en que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ha de ser ésta: la concesión de la reducción de jornada para cuidado de hijos menores de 12 años a los funcionarios de las corporaciones locales debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48 h) del Estatuto Básico del Empleado Público”.

QUINTO.- Con fundamento en el informe jurídico de la Secretaría Municipal, la Concejal de Seguridad Ciudadana, Personal, Administración Digital, Cultura y Patrimonio, formula propuesta para que por el Pleno de la Corporación se acuerde lo siguiente:

“Primero: Aprobar el inicio del expediente de revisión de oficio del artículo 19.1-g) del Acuerdo Marco 2008-2011 entre el Ayuntamiento de Santomera y su Personal Funcionario.

Segundo: Abrir un período de información pública y audiencia de 15 días hábiles, mediante la publicación del acuerdo de inicio del expediente en el Boletín Oficial de la Región de Murcia y notificación a quienes pudieran resultar interesados, para la formulación de alegaciones”.

Con fecha 25 de abril de 2024, el Pleno aprueba la propuesta y, en consecuencia, acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del artículo 19.1, g) del Acuerdo Marco y abrir un período de información pública y audiencia.

Consta que en el BORM de 8 de mayo de 2024, se publica “anuncio de apertura de información pública para inicio de revisión de oficio del Acuerdo Marco del Ayuntamiento de Santomera”.

Consta, asimismo, en el expediente la notificación personal del referido Acuerdo a veintiuna personas.

SEXTO.- Con fechas 29 y 30 de mayo de 2024, tienen entrada sendos escritos de alegaciones, formulados, respectivamente, por un funcionario municipal y por el Secretario de la Junta de Personal en representación de ésta.

Para el primero de los alegantes, el artículo 48, h) EBEP establecía unos permisos mínimos, lo que habilitaba a las Corporaciones Locales a establecer otros en mejora de sus funcionarios, calificándolos como medidas de acción social o ayudas de carácter asistencial. Considera, asimismo, que declarar la nulidad de este permiso sólo para los funcionarios y mantenerlo en el convenio colectivo para el personal laboral conlleva una discriminación que atenta contra el principio de igualdad, en contra de lo establecido en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

Las alegaciones formuladas en representación de la Junta de Personal son, en síntesis, las siguientes: a) la pretendida declaración de nulidad vulnera los principios de seguridad jurídica y confianza legítima; b) que la revisión iniciada está carente de toda justificación; c) que la suspensión de vigencia del referido artículo es desproporcionada y prematura y que no se ha justificado que pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; d) que la declaración de nulidad tendrá un impacto negativo en los derechos laborales de los funcionarios; y e) que no existe fraude de ley o abuso de derecho en la disposición sometida a revisión.

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de junio de 2024, un Letrado municipal evaca informe de contestación a las alegaciones presentadas, desestimándolas de forma motivada, sobre la base de los fundamentos jurídicos de la revisión pretendida, que no han sido desvirtuados por aquéllas.

Concluye el informe, además, que “el artículo 19.1-g) del Acuerdo Marco 2008-2011 entre el Ayuntamiento de Santomera y su Personal Funcionario incurre en causa de nulidad por no respetar las leyes u otras disposiciones normativas de rango superior, conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

En su virtud, informa el Letrado Municipal que procede remitir la propuesta de resolución al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen preceptivo, y declarar la suspensión del cómputo del plazo para resolver en tanto se emite el dictamen.

El informe cuenta con diligencia de conformidad expedida por el Secretario General del Ayuntamiento.

OCTAVO.- El 21 de junio de 2024, la Concejal de Seguridad Ciudadana, Personal, Administración Digital, Cultura y Patrimonio, formula propuesta para que por el Pleno de la Corporación se acuerde lo siguiente:

"Primero.- Aprobar la Propuesta de Acuerdo trascrita para su remisión al Consejo Jurídico de la Región de Murcia y solicitar su dictamen preceptivo con carácter previo a que el Pleno de este Ayuntamiento resuelva sobre la nulidad del artículo 24 (sic, en realidad, 19.1, letra g) del Acuerdo Marco entre el Ayuntamiento de Santomera y su personal funcionario.

Segundo.- Suspender el plazo para resolver el procedimiento hasta que se reciba en el Ayuntamiento de Santomera el dictamen solicitado al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, sin que dicha suspensión pueda exceder de tres meses.

Tercero.- Notificar el presente Acuerdo a cuantas personas sean interesadas en el procedimiento".

NOVENO.- Con fecha 27 de junio de 2024, el Pleno de la Corporación acuerda remitir al Consejo Jurídico la propuesta de resolución formulada por la Concejal competente en materia de personal, solicitar este Dictamen, suspender el plazo para resolver el procedimiento hasta que se reciba en el Ayuntamiento el Dictamen y notificar el Acuerdo a los interesados.

Consta en el expediente la notificación del Acuerdo a veintiuna personas.

En tal estado de tramitación e incorporado el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen, mediante oficio del pasado 4 de julio de 2024.

DÉCIMO.- Con fecha 18 de julio de 2024, el Pleno del Ayuntamiento de Santomera acuerda la rectificación del error cometido en la propuesta de resolución sometida a consulta de este Consejo Jurídico, que aludía al artículo 24 del Acuerdo Marco, cuando del expediente y del resto de la propuesta de resolución resulta evidente que el objeto de la consulta es la revisión de oficio del artículo 19.1, g) de dicha disposición.

El indicado acuerdo plenario es comunicado al Consejo Jurídico el pasado 22 de julio de 2024.

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, vicio que se alega 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).

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 25 de abril de 2024, ha de entenderse realizada a los artículos 106 y siguientes LPAC, en relación con el artículo 47 de la misma Ley, que establece las causas de nulidad.

No obstante, y dado que se pretende declarar la nulidad parcial de una disposición dictada en el año 2008, procede distinguir entre el régimen jurídico que habrá de aplicarse al aspecto formal del procedimiento revisorio, que será el vigente a la fecha de incoación del mismo, es decir, la LPAC (Disposición transitoria tercera, b), del régimen material de las causas de nulidad, que habrá de ser el previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en tanto que norma que regulaba las causas de nulidad (artículo 62) de los actos y disposiciones administrativas en el tiempo en que fue dictado el acto administrativo y aprobada la disposición objeto de la revisión de oficio.

SEGUNDA.- Del procedimiento.

I. De conformidad con el expediente, se pretende declarar la nulidad del artículo 19.1,g) del Acuerdo Marco, al considerar que regula un permiso retribuido para el personal municipal no previsto en el ordenamiento jurídico aplicable, lo que convierte el referido precepto en nulo de pleno derecho al amparo de lo establecido en el artículo 62.2 LRJPAC.

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, 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 en el expediente remitido el acuerdo de iniciación junto con un informe de un Letrado municipal, que cuenta con la conformidad del Secretario General del Ayuntamiento, lo que permite entender cumplida la exigencia establecida por el artículo 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Del mismo modo, se ha publicado un anuncio del trámite de audiencia e información pública, se ha notificado personalmente la iniciación del procedimiento de revisión de oficio y la concesión del trámite de audiencia a diversas personas, una de las cuales ha presentado alegaciones, así como también lo ha hecho la Junta de personal, por conducto de su Secretario. Las alegaciones han sido expresamente contestadas mediante informe técnico y se ha motivado su desestimación en la propuesta de Acuerdo Plenario que constituye el objeto de este Dictamen preceptivo, el cual ha sido solicitado por autoridad competente para ello, como es el Alcalde (artículo 11 LCJ).

Sin perjuicio de señalar que, con carácter general, el procedimiento instruido se ha ajustado a las normas que lo disciplinan, ha de formularse una observación en relación con el trámite de audiencia concedido. Este trámite ha sido objeto de publicación, y se ha notificado a una pluralidad de personas. Éstas aparecen identificadas en el expediente con su nombre y apellidos, lo que impide saber si dicha comunicación responde a su condición de representantes de las organizaciones sindicales. De ahí que se desconozca si el trámite de audiencia se ha notificado de forma individualizada a las organizaciones sindicales representativas en el Ayuntamiento de Santomera, como debía haberse hecho, toda vez que se trata de interesados perfectamente conocidos e identificables para la Administración instructora del procedimiento, por lo que la publicación del trámite no puede sustituir a la notificación individual ex artículo 45 LPAC. El resultado del trámite es que tanto un funcionario a título particular como la Junta de Personal han presentado alegaciones, pero no lo ha hecho ninguno de los sindicatos.

Aun cuando, de ordinario, los miembros de las Juntas de Personal son elegidos entre las candidaturas presentadas por las organizaciones sindicales (art. 44, c, TREBEP), lo que permite presumir que éstas también habrán tenido conocimiento del procedimiento revisor a través de sus representantes en la Junta, cabe recordar que los ámbitos representativos de las juntas de personal y de las organizaciones sindicales son diferentes, pues si los órganos de representación unitaria (juntas y delegados de personal) se configuran por la Ley como órganos eminentemente participativos y con funciones de información y consulta (artículo 40 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP), a las organizaciones sindicales les corresponde en exclusiva la negociación colectiva de las condiciones de trabajo a través de su presencia en las Mesas de Negociación de los diversos ámbitos (artículos 33 y siguientes TREBEP).

Las alegaciones formuladas por la Junta de Personal se corresponden con su labor de interlocución entre los funcionarios municipales y el Ayuntamiento al que sirven, ex artículo 31.3 TREBEP, y con las funciones específicas que ostenta, en particular la definida en el artículo 40.1, letra e) del indicado texto refundido, en cuya virtud asume la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo, y ejerce, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes. No obstante, atendido el objeto de la revisión de oficio iniciada por el Ayuntamiento, que no es otro que un precepto del Acuerdo Marco regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario municipal, fruto de la negociación colectiva, considera el Consejo Jurídico que habría sido oportuno ofrecer el trámite de audiencia, de forma individualizada, a las organizaciones sindicales con presencia en la Mesa de Negociación del Ayuntamiento.

II. En la formulación de la consulta a este Órgano consultivo se ha omitido incorporar un extracto de secretaría, en contra de lo preceptuado en el artículo 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.

III. Una vez incoado el procedimiento revisor por acuerdo de 25 de abril de 2024, ha de atenderse a lo establecido en el artículo 106.5 LPAC, en cuya virtud el transcurso de seis meses sin que se haya dictado resolución producirá la caducidad del procedimiento.

Con ocasión de la formulación de la consulta a este Órgano Consultivo, se ha acordado la suspensión del cómputo del plazo legalmente establecido para su resolución ex artículo 22.1, letra d) LPAC, y se ha puesto a disposición de la Junta de Personal del Ayuntamiento la notificación del Acuerdo por el que se adopta dicha medida.

IV. La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Pleno de la Corporación, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 21.1,l), 22.2,k) y j) y 110.1 LBRL, según se ha señalado por este Órgano Consultivo, entre otros, en los Dictámenes núm. 98 y 168 del año 2006 y 268/2020. En igual sentido el Consejo de Estado (Dictamen 613/2010), los Consejos Consultivos de Andalucía (Dictamen 722/2014) y de Canarias (Dictamen 102/2014), así como la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco (Dictamen 196/2010) y el Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen 25/2012).

TERCERA.- Naturaleza del acto sujeto a revisión: el acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos municipales.

Resulta necesario detenerse en la naturaleza eminentemente reguladora del Acuerdo Marco, para afirmar su condición de verdadera disposición administrativa, que no se ve desvirtuada o impedida por el carácter paccionado de su origen.

Así, cabe recordar que en nuestro Dictamen 192/2020 ya analizamos las distintas naturalezas jurídicas que pueden presentar los acuerdos de condiciones de trabajo de los empleados públicos, en atención al ámbito subjetivo de aquéllos. Rechazamos allí que los acuerdos que únicamente afectan a personal laboral y que, en consecuencia, tienen la consideración de convenios colectivos puedan ser objeto de revisión de oficio por parte de la Administración, *“dada su naturaleza normativa de origen bilateral en cuya gestación la Administración no actúa investida de las características de imperium y poder público que dotan de fuerza vinculante a las disposiciones emanadas de la misma, y que por ello adquieren la naturaleza de disposiciones administrativas. En el convenio colectivo la Administración actúa en calidad de empleadora y, mediante la negociación con la parte social, se acuerda un texto regulador de condiciones de trabajo que adquiere, ex lege, el valor de fuente normativa de la relación de trabajo entre los empleados públicos y la Administración y al que no pueden alcanzar las potestades revisoras de la Administración, que quedan limitadas a los actos y disposiciones administrativas”*.

Por el contrario, sí admitíamos en el referido Dictamen la vía de la revisión de oficio como forma de declarar la nulidad de un acuerdo que sólo afecte a personal sometido a régimen estatutario funcionarial, como es el caso del supuesto sometido a consulta, conforme al artículo 1 del Acuerdo Marco, cuyo ámbito de aplicación se limita a las condiciones de trabajo que han de regir las relaciones laborales entre el Ayuntamiento de Santomera y su personal funcionario.

Ha de partirse de la caracterización del acuerdo colectivo regulador de las condiciones de trabajo funcionariales como una disposición que puede actuar como fuente normativa secundaria del estatuto funcionarial, sometida en todo caso a los principios de reserva de ley y jerarquía normativa y capaz para desarrollar y complementar las determinaciones legislativas de dicho estatuto. Naturaleza ésta que también le atribuye la jurisprudencia: *“el «Acuerdo» impugnado, en la medida en que su contenido plasma una regulación de determinados aspectos de la relación que liga al Ayuntamiento con sus funcionarios, tiene una significación normativa, pues su eficacia no se agota en una o varias concretas aplicaciones, sino que tiene una vocación ordenadora de situaciones futuras desde una previsión abstracta y general. Por tanto, a los efectos de lo que aquí se está analizando, a dicho «Acuerdo» ha de reconocérsele el valor de disposición de carácter general”* (STS de 14 de abril de 2000, rec. 535/1996). En idéntico sentido, la STS de 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013.

Si es una disposición de carácter general, *“...cualquier infracción de los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley, a que se pueden contraer los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, determina su nulidad de pleno derecho”* (Dictámenes 671 y 792/2013 del Consejo Consultivo de Andalucía, en respuesta a

consultas efectuadas en el seno de procedimientos de revisión de oficio de Acuerdos de condiciones de trabajo de personal funcionario de un Ayuntamiento y de una Diputación provincial, respectivamente).

Por otra parte, y dado que la validez y eficacia de este tipo de acuerdos depende de su aprobación formal y expresa por parte de la Administración (art. 38.3 TREBEP), la jurisprudencia también viene apuntando como vía de dejar sin efecto sus previsiones la declaración de lesividad del acto administrativo aprobador y la ulterior revisión ya en vía jurisdiccional. Así se pronuncia la ya citada STS de 30 de abril de 2014:

“Para ello sería preciso que dicho Acuerdo y posterior acto de aprobación tuviesen la naturaleza jurídica de reglamento o disposiciones generales, lo que es el caso.

Entre el Reglamento, fuente normativa de carácter unilateral, emanada exclusivamente de una potestad pública del Gobierno o de la Administración, y el Convenio Colectivo, fuente normativa de carácter bilateral, emanada de una negociación, en este caso entre la Administración y representantes sindicales de los trabajadores, existe una diferencia cualitativa, que impide que las disposiciones legales referibles al primero puedan ser aplicables al segundo.

(...)

Para que la Administración pudiese exonerarse de lo que pactó, debiera, en su caso, comenzar por haber declarado la lesividad del acto unilateral por el que aprobó, después de pactado el convenio regulador, e impugnarlo a continuación ante este orden jurisdiccional contencioso-administrativo...”.

En definitiva, de conformidad con la doctrina citada, y atendida la naturaleza de disposición administrativa de carácter general que corresponde a los acuerdos colectivos reguladores de las condiciones de trabajo de los funcionarios, la Administración puede proceder a la anulación del Acuerdo por sí misma, acudiendo para ello al procedimiento de revisión de oficio; o bien acudir a la declaración de lesividad del acto administrativo por el que se aprobó el acuerdo regulador, si se cumpliera el requisito del plazo que al efecto establece el artículo 107.2 LPAC. De ambas vías, esta última la hemos considerado en anteriores Dictámenes (por todos, 192 y 268/2020) como la más respetuosa con el carácter paccionado del acuerdo, que podría verse en cierto modo desnaturalizado mediante la desvinculación unilateral de lo pactado por parte de la Administración a través del ejercicio de la potestad exorbitante de la revisión de oficio, sobre todo cuando se pretende declarar la nulidad de disposiciones afectantes tanto a personal funcionario como laboral, en cuyo caso actuar frente al acto aprobatorio, cuando éste es común a ambas regulaciones, permite extender los efectos de la nulidad a las disposiciones de carácter laboral.

Ahora bien, si, como ocurre en el supuesto ahora sometido a consulta, nos encontramos con un Acuerdo de condiciones de trabajo aplicable sólo al personal funcionario, respecto del que la vía de la declaración de lesividad del acuerdo aprobatorio ya no es posible por haber transcurrido en exceso el plazo de cuatro años que para la adopción de dicha declaración prevé el artículo 107.2 LPAC, entiende el Consejo Jurídico que lo procedente es dirigir la revisión de oficio contra el acuerdo regulador, en su condición de disposición administrativa, y no contra el acuerdo aprobatorio.

CUARTA.- El marco normativo aplicable a la función pública local.

En materia de función pública, el artículo 103.3 de la Constitución (CE) establece una reserva de ley para la regulación del Estatuto de los Funcionarios Públicos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 37/2002

y 1/2003, entre otras) ha recordado que dicha reserva de ley comprende el estatuto funcional (derechos y obligaciones, responsabilidad y régimen disciplinario), modos de provisión de puestos de trabajo, situaciones administrativas, adquisición y pérdida de la relación de servicio y las condiciones de promoción de la carrera administrativa.

Por otra parte, el artículo 149.1.18^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus funcionarios, en el marco de la legislación básica del Estado, y en los términos que la misma establezca. En la Sentencia número 127/2019, de 31 de octubre, el Tribunal Constitucional reitera que “(...) *De acuerdo con el art. 149.1.18 CE y la doctrina constitucional que lo ha interpretado, 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 al personal estatutario de los servicios de salud (STC 20/2017, de 2 de febrero, FJ 2). Materialmente extiende su ámbito, en principio, a "la normación relativa a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios" (por todas, STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 13)" (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7). Como hemos señalado en la STC 158/2016, de 22 de septiembre, FJ 3, “el Estado es competente ex art. 149.1.18 CE para establecer la regulación básica de los derechos y deberes del personal del sector público que tenga la condición de funcionario, incluido el que forme parte de la función pública autonómica. Así lo ha declarado este Tribunal en relación a la determinación básica de sus retribuciones (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 4; 103/1997, de 22 de mayo, FJ 2, y 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6, entre otras), de sus permisos y vacaciones (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8) y, últimamente, de su jornada de trabajo (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7)”. También se encuadra en dicho título la regulación básica de la acción social, conforme a la STC 33/2017, de 1 de marzo, FJ 6, relativa al personal estatutario de los servicios de salud, pero cuya doctrina es aplicable a todo el personal funcionario al servicio de las administraciones públicas...”.*

En el ejercicio de dicha competencia, el Estado ha aprobado distintas normas sobre función pública, entre ellas, la ya derogada Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de Función Pública (LMRFP), la Ley 7/2007, por la que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y el Texto Refundido del citado Estatuto, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 (TREBEP), así como normativa reglamentaria de desarrollo, que resultan aplicables a la función pública local.

El Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015, y antes que él el propio EBEP, constituyen, por tanto, normas dictadas con carácter básico, al amparo de títulos competenciales de distinto alcance y contenido. Así, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Primera de dicho texto legal, “*Las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; al amparo del artículo 149.1.7.^a de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral, y al amparo del artículo 149.1.13.^a de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2015 recuerda que “corresponde al Estado establecer las bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos y a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica, en relación con la función pública autonómica y local. Igualmente, hemos señalado que, en la competencia para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos conferida al Estado por el art. 149.1.18 CE, cabe incluir, por ejemplo, previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios, comunes a todas las Administraciones públicas, pues ello hallaría su fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad (SSTC 1990, de 24 de mayo, FJ 3; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 4; 103/1997, de 22 de mayo, FJ 2, y 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6, entre otras). Del mismo modo, debemos afirmar, ahora, que también quedan encuadradas en el título competencial del mencionado art. 149.1.18 CE las previsiones relativas a los permisos y vacaciones de los funcionarios comunes a todas las Administraciones públicas, pues ello hallaría, igualmente, su fundamento en los

principios constitucionales de igualdad y solidaridad”.

Por cuanto se refiere a la normativa aplicable a los funcionarios de las entidades locales, debe partirse del art. 3.1 del TREBEP (con redacción idéntica al 3.1 EBEP), en virtud del cual *“el personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”*.

Por otro lado, en el marco de la legislación estatal en materia local y, por cuanto afecta a la cuestión sometida a Dictamen, el artículo 142 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), establece que *“los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”*.

En el marco de la legislación autonómica, la Comunidad Autónoma de Murcia dictó el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (TRLFP), que no contiene normas específicas para la función pública local de los municipios de la Región, como tampoco establece normas relativas al personal de dichas Corporaciones Locales la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, si bien sí contiene una regulación de los permisos de que pueden disfrutar los empleados públicos de la Administración regional, incluido el permiso por guarda legal (artículo 77.2).

QUINTA.- El permiso por guarda legal. Evolución y caracterización.

El objeto del procedimiento de revisión de oficio a que se refiere este Dictamen es la previsión contenida en el artículo 19.1, letra g) del Acuerdo Marco, que bajo el epígrafe *“licencias y permisos”* y dentro del Capítulo VII, intitulado *“Vacaciones, licencias y permisos”*, establece el conocido como permiso por guarda legal, que se configura como una reducción de jornada, cuando concurren diversas circunstancias familiares, y cuya atención por parte del funcionario se facilita, eximiéndole de realizar su jornada de trabajo íntegra, que se ve disminuida en media hora diaria en horario laboral, salvo cuando se trate de día festivo o trabajo nocturno, en que será de una hora.

Este permiso se introdujo en la LMRFP mediante una modificación operada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y se vio nuevamente modificado en el año 2003. Tras estas reformas legislativas, el artículo 30.1, letra g) LMRFP establecía lo siguiente:

“El funcionario que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

Reglamentariamente se determinará la disminución de jornada de trabajo y la reducción de las retribuciones que correspondan a dicha reducción de jornada”.

El desarrollo reglamentario se llevó a efecto por el Real Decreto 2670/1998, de 11 de diciembre.

El EBEP, en su redacción original del año 2007, disponía en su artículo 48.1, letra h):

“1. Las Administraciones Pùblicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios pùblicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

(...)

h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida”.

El precepto fue modificado en el año 2012 (Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), suprimiendo la numeración del apartado 1, de modo que quedó como sigue:

“Los funcionarios tendrán los siguientes permisos:”

La letra h) no sufre alteración alguna en su redacción.

Finalmente, el TREBEP recoge la redacción dada al precepto en el año 2012.

En la evolución del permiso, ha de destacarse que la modificación operada en el año 2012 eliminó el margen regulador que la norma básica ofrecía a la Administración del Estado y a las Comunidades Autónomas para

establecer otros permisos diferentes a los previstos en el artículo 48.1 EBEP, regulando ahora de forma taxativa y con el carácter de norma básica los permisos de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas.

Con anterioridad a la indicada reforma, la normativa del EBEP en materia de permisos de los funcionarios públicos era supletoria de la establecida por las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales habían establecido un permiso por guarda legal retribuido, como es el caso de la Generalitat de Valencia. En efecto, la reducción de jornada sin merma de retribuciones en dicho supuesto se preveía en el Decreto 34/1999, de 9 de marzo, del Gobierno Valenciano, por el que se regulan las condiciones de trabajo del personal al servicio de la administración del Gobierno Valenciano (artículo 3), y después, en el Decreto 175/2006, de 24 de noviembre, del Consell, por el que se regulan las condiciones de trabajo del personal al servicio de la administración del Consell (artículo 7.2).

El Consejo Jurídico Consultivo de dicha Comunidad Autónoma expone, en su Dictamen 434/2020, el alcance de la modificación operada en los siguientes términos:

"El carácter supletorio de la legislación estatal en materia de permisos del artículo 48 EBEP fue confirmado por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 181/2012, de 15 de octubre, dictada con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 26.a) de la Ley 8/2006, de 5 de julio, del Parlamento catalán. Dicho artículo 26.a) de la ley autonómica limitaba hasta 6 años el permiso de reducción de jornada por guarda de menores, siendo así que el artículo 48 del EBEP lo permitía hasta 12 años.

El Tribunal Constitucional declaró, en la citada Sentencia, la constitucionalidad de la normativa autonómica dado el carácter supletorio del entonces artículo 48 del EBEP, al afirmar que "(...) En suma, es el propio legislador estatal el que permite que las Administraciones públicas determinen los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Y sólo "en defecto de legislación aplicable" los permisos y su duración serán, al menos, los establecidos en el citado precepto. Por lo que respecta al presente caso, se trata del permiso por razones de guarda legal, cuando el funcionario tiene el cuidado directo de algún menor de doce años. (...) En conclusión, serán pues las normas de desarrollo posteriores a la Ley 7/2007 las que concreten los supuestos, efectos, requisitos y duración de los permisos. Dicha regulación se llevará a cabo, bien a través de las leyes reguladoras de la función pública de la AGE y de las Comunidades Autónomas previstas en el art. 6 de la Ley para el personal funcionario, bien a través de las normas convencionales para el personal laboral. Hasta la aprobación de dichas normas legales o convencionales, mantienen su vigencia las anteriores que regulen esta materia en cada Administración Pública". En segundo lugar, en cuanto a la interpretación de la expresión "en defecto de legislación" de su apartado 1, indica que la misma "significa que el listado de los permisos del art. 48 opera con carácter supletorio, es decir, sólo en el supuesto de que no existieran normas preexistentes a la entrada en vigor del Estatuto que regularan en cada Administración Pública el régimen de permisos, supuestos, requisitos, efectos y duración".

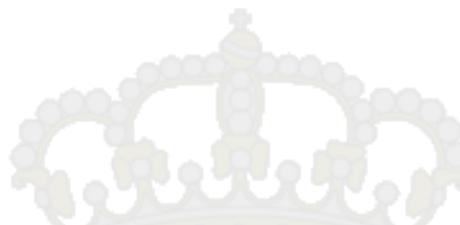
No obstante, el citado artículo 48 del EBEP sufrió una importante modificación que incidió significativamente en la legislación autonómica en materia de permisos de los funcionarios públicos. Así, el artículo 8.1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, suprimió el inciso "Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes (...)", y lo sustituyó por lo siguiente: "Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos...".

A partir de dicha modificación, los permisos "generales" del artículo 48 del EBEP de 2007, entre los que se

encontraba el permiso por guarda "legal" no retribuido, quedaron regulados con carácter básico y uniforme para todos los funcionarios de las Administraciones Públicas, incluyendo, por tanto, a las Administraciones Autonómica y Local (...)

El carácter básico y taxativo de los permisos "generales" establecidos en el artículo 48 del EBEP (tras la reforma de 2012) fue avalado por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia nº 156/2015, de 9 de julio, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra el referido artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012, por posible invasión de las competencias autonómicas, en la que desestimó dicho recurso y mantuvo que el Estado había regulado en los artículos 48 y 50 EBEP, actualmente, artículos 48 y 50 TREBEP de 2015, los permisos y vacaciones para todas las Administraciones Públicas dentro de su competencia del artículo 149.1.18 de la Constitución.

(...)



Dicho lo anterior, los artículos 48 y 49 del EBEP, actuales artículos 48 y 49 del TREBEP de 2015, constituyen normativa básica dictada por el Estado en el ejercicio de su competencia ex artículo 149.1.18 CE, en los términos avalados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 156/2015.

El carácter de "mínimos" se puede seguir predicando de los permisos establecidos en el 49 TREBEP, que no ha sido objeto de modificación, relativo a permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género, pero no del artículo 48 del TREBEP, la redacción actual del cual, como se ha expuesto, le confiere un carácter no solo básico, sino también taxativo y homogéneo para los funcionarios de todas la Administraciones Públicas. Por ello, los permisos del artículo 48 TREBEP, entre los que se incluye el permiso no retribuido de reducción de jornada por guarda "legal", resultan de aplicación directa a los funcionarios de las Administraciones Autonómica y Local valenciana, con carácter básico y único, sin posibilidad de mejora ni modificación".

Del mismo modo, este Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en Dictamen 267/2016, alcanzó similares conclusiones conforme a los siguientes razonamientos:

"La regulación que con carácter básico se efectúa en el TREBEP de los permisos y licencias resulta aplicable a todos los funcionarios por aplicación directa de la norma básica, de forma que, aun cuando la norma paccionada en cuestión establezca unos permisos y licencias que, por responder al contexto normativo vigente en el momento de su aprobación resultan diferentes en su duración y efectos a los establecidos por la norma básica, la evolución del régimen jurídico definido por ésta afecta al régimen convencional tanto cuando ello opera en detrimento de los empleados públicos -como ocurrirá en aquellos momentos en que los permisos otorgados por el Acuerdo se ven desplazados por normas restrictivas de los mismos-, como cuando la norma básica prevé permisos o licencias más generosos que los pactados.

Ha de considerarse, además, que el EBEP establecía en la redacción original de su artículo 48 una regulación aplicable sólo en defecto de la que fijara cada Administración Pública, pues era cada una de ellas la que determinaría los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. Así la regulación del Estatuto Básico se dictaba como una norma sólo aplicable en defecto de aquélla y fijando la tipología de los permisos y licencias y una duración de estos mínimos, pues señalaba, textualmente

que "en defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:". De acuerdo con este sistema, las Administraciones Públicas competentes, a través de los correspondientes Acuerdos de condiciones de trabajo, podrían establecer permisos no previstos en el Estatuto o alterar su duración y efectos, siempre que respetaran y no contravinieran las previsiones básicas.

Con ocasión del RDL 20/2012, sin embargo, cambia la forma en que el EBEP regula los permisos y licencias de los funcionarios públicos, pues ya no los establece como mínimos a respetar por la normativa de las Administraciones Públicas, sino que los fija en términos absolutos, al modificar el artículo 48 EBEP, que pasa a disponer que "los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:", con una clara y expresa finalidad homogeneizadora del régimen de los permisos y licencias de todas las Administraciones Públicas, como de forma explícita se hace constar en la Exposición de Motivos del RDL 20/2012 y de la que se hace eco la STC 156/2015, que analizó la constitucionalidad de dicha modificación".

SEXTA.- El carácter no retribuido del permiso por guarda legal y la imposibilidad de modificar dicho carácter mediante la negociación colectiva en el ámbito local.

I. Siendo la motivación fundamental del procedimiento de revisión de oficio seguido frente al artículo 19.1, letra g), el carácter retribuido del permiso allí previsto, resulta necesario determinar si el Acuerdo establece dicho carácter de forma efectiva.

El artículo 19.1 del Acuerdo, dispone que "serán licencias retribuidas y se concederán permisos en los siguientes casos", lo que podría limitar la previsión del carácter retribuido a las licencias (por matrimonio, por estudios, etc.) y no a los permisos, como el de guarda legal. Sin embargo, una interpretación sistemática del precepto, en relación con el apartado 2 del mismo artículo 19, descarta esa eventual interpretación, pues establece este último que "2. Se podrá conceder permiso sin retribución: ... c) Por razones de guarda legal, cuando el trabajador tenga el cuidado directo de algún menor de doce años o una de persona mayor que requiera especial dedicación, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo hasta 1/3 de la misma, con la disminución de sus retribuciones que corresponda".

De donde se deduce sin dificultad que el permiso por guarda legal contemplado en el artículo 19.1, letra g) tiene carácter retribuido, posibilitando una reducción sobre la jornada ordinaria del empleado público, sin detracción de haberes.

II. Como se ha indicado *supra*, el artículo 142 TRRL dispone que los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado.

Aun cuando la Comunidad Autónoma de Murcia no ha establecido normas específicas para el personal de las Entidades Locales en su normativa de función pública (TRLFP) ni en la específica de Régimen Local, sí reguló el permiso por guarda legal en el artículo 77.2 del indicado texto refundido, y lo ha hecho con carácter no retribuido, al establecer que "el funcionario que por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido psíquico o físico que no desarrolle ninguna actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de jornada de trabajo de un tercio o de un medio con la reducción proporcional de sus retribuciones"

(redacción que el Texto refundido toma de la Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia). Con idéntico carácter no retribuido se regula este permiso en el artículo 11, letra f) del Decreto 27/1990, de 3 de mayo, por el que regula la jornada y horario de trabajo, permisos, licencias y vacaciones del personal funcionario al servicio de la Administración Regional. Del mismo modo, este permiso se configura como no retribuido en la normativa básica vigente, el artículo 48, letra h) TREBEP, que, desde el año 2012, desplazó en su aplicación a la regulación autonómica, como ya ha quedado expuesto.

En la medida en que se trata de determinar si el artículo 19.1, g) del Acuerdo Marco es nulo de pleno derecho, el término de comparación para considerar su ajuste o no al ordenamiento jurídico ha de ser la regulación existente en el momento en que se adoptó el Acuerdo, en 2008, fecha en la que regía el artículo 48.1, letra h) EBEP que, como se ha señalado *supra*, establecía una regulación meramente supletoria y de mínimos, que dejaba a las Administraciones Públicas la posibilidad de regular otros permisos diferentes, con diversidad en sus efectos y condicionantes.

No obstante, esta habilitación regulatoria quedaba restringida a las Administraciones estatal y autonómica, sin que la negociación colectiva en el ámbito local pudiera establecer nuevos permisos sobre los que, con carácter de mínimos, señalaba el EBEP.

Y es que, aun cuando el régimen de permisos constituye una materia susceptible de negociación colectiva conforme a lo establecido en el artículo 37.1, m) TREBEP, las Entidades Locales carecen de competencia para modificar -siquiera mejorándolo- el régimen de permisos y licencias de los funcionarios públicos. En la Sentencia de 14 de octubre de 1996, el Tribunal Supremo mantuvo que “en la normativa rectora de la negociación colectiva de los funcionarios públicos... no tiene cabida una posible negociación del régimen funcional contrario a una norma legal vigente, ni la mejora del régimen legal por la negociación colectiva... como tenemos dicho por todas en nuestra Sentencia) de 22 de octubre de 1993, siendo nulo el precepto que la viola...”. Y en la Sentencia 127/2019, de 31 de octubre, el Tribunal Constitucional recuerda que “(...) no puede pasarse por alto que los acuerdos, pactos o convenios están subordinados a las normas con rango de ley... (FJ 4)”.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de abril de 2004, (rec. 1606/2001), confirmada en estos extremos por el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de marzo de 2009 (rec. 7060/2004), amplía la cita jurisprudencial y recuerda que:

“En efecto, el referido artículo 142 del Texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, establece: «Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado». Este artículo 142 del Texto refundido estatal ha sido interpretado precisamente por el Tribunal Supremo en su sentencia, de 14 de octubre de 1996 (Sala 3^a, Sección 7^a, recurso nº 7111/1993, ponente: Conde Martín de Hijas) conforme a la cual «Ello supone que, en caso de inexistencia de normas concretas de la Comunidad Autónoma al respecto, como ocurre aquí, la legislación estatal de funcionarios fija el marco legal aplicable, que no puede ser modificado por vía de negociación colectiva». Previamente, en la sentencia, de 30 de octubre de 1995 (Sala 3^a, Sección 7^a, recurso nº 3774/93, ponente: Cáncer Lalanne) el Tribunal Supremo había subrayado: «el régimen de permiso de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido por la legislación autonómica -que en este caso no existe-, o supletoriamente por la Ley Estatal -aquel arts. 68 a 75 de la Ley de la Función Pública, Texto articulado D. 7 de Febrero de 1964-, careciendo así la Corporación municipal de competencia para acordarlo con los representantes sindicales de los funcionarios. A lo que ha de añadirse que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario de los funcionarios emanado de la legislación del Estado o, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas,

no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque sea identificable como 'plataforma de mínimos', sobre la que puedan actuar una constelación diferenciada de plataformas negociadoras, pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley está permitido y puede ser objeto de regulación a criterio de la Mesa negociadora, refrendado por la Corporación Municipal».

De modo que el Acuerdo Marco no podía establecer un permiso por guarda legal que se separara del régimen jurídico que le señalaban las normas estatales y autonómicas vigentes en el momento de su adopción, las cuales, de forma invariable, en la Región de Murcia siempre han configurado este permiso como no retribuido. En esta línea, el Tribunal Supremo, en Sentencia número 852/2022, de 29 de junio, concluye la improcedencia del reconocimiento de tales permisos sin disminución de retribuciones, conforme a lo establecido en el artículo 48, h) TREBP, y que la *“concesión de la reducción de jornada para cuidado de hijos menores de 12 años a los funcionarios de las corporaciones locales debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48 h) del Texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público”*.

Cabe recordar, además, que el permiso conlleva una reducción de jornada, y que el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local, establece en su artículo 8.3 que *“los funcionarios de la Administración Local que, de acuerdo con las normas en vigor, realicen una jornada de trabajo reducida, experimentarán una reducción proporcional sobre la totalidad de las retribuciones correspondientes a la jornada completa, tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios”*.

Es decir, de conformidad con esta norma específica del régimen jurídico básico de los funcionarios locales, con carácter general, cualquier reducción de la jornada de los funcionarios de la Administración municipal ha de conllevar la oportuna detacción de haberes.

De lo expuesto se deduce que el artículo 19.1, letra g) del Acuerdo Marco, en la medida en que prevé un permiso por guarda legal con reducción de jornada, pero sin disminución de retribuciones, resulta contrario a las normas rectoras de los permisos de los funcionarios públicos que estaban vigentes al momento de su adopción, lo que determina su nulidad de pleno derecho, al amparo de lo establecido en el artículo 62.2 LRJPAC.

SÉPTIMA.- Inaplicabilidad, en todo caso, del precepto sujeto a revisión.

De conformidad con el artículo 106.2 LPAC, las Administraciones Públicas *“podrán declarar”* la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2 de la misma Ley. A diferencia de lo establecido en el artículo 106.1 LPAC, que prevé que las Administraciones Públicas *“declararán”* la nulidad de los actos administrativos en los que concurran las causas que la justifican, los términos en los que se expresa la Ley para la invalidez de las disposiciones administrativas no son imperativos, por lo que podría no declararse la nulidad si no se advierte la necesidad de hacerlo, ante la ineffectuación sobrevenida de la disposición.

En efecto, 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, como ya hemos señalado, 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 funcionarial 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 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 *"rebelida"* de los negociadores, sino a que fue materialmente imposible hacerlo.

Asimismo, los AATC 85/2011, de 7 de junio, y 205/2012, de 30 de octubre, afirman que *"del art. 37.1 de la Constitución no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (...) [ya que] en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico"*.

Del mismo modo, este Consejo Jurídico ya tuvo ocasión de señalar la preeminencia de la Ley sobre el acuerdo de condiciones de trabajo en el ámbito de la Administración Pública en los Dictámenes 41/2013 y 267/2016, toda vez

que el imperativo respeto a las leyes constituye un límite a la autonomía colectiva, y ya se ejercite ésta en el ámbito de la Función Pública en sentido estricto o en el del régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. En efecto, aunque, en cuanto parte de relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores, sin que pueda alterar el régimen jurídico de la contratación laboral (STC 205/1987 y STS, Social, de 28 de septiembre de 2011) y que, en consecuencia, se encuentre vinculada por las normas pactadas en convenio colectivo, no puede obviarse que la Ley ostenta una posición de supremacía sobre tales convenios en la escala jerárquica de las normas (STC 210/1990), como refleja el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET), al establecer que por encima de los convenios colectivos únicamente se sitúan las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

Y es que, de acuerdo con la doctrina constitucional, la negociación colectiva de los trabajadores en general y de los empleados públicos en particular no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y *“convertir lo negocial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera”* (por todas, STC 58/1985).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 29 de junio de 2010, indica que *“el acuerdo es una norma jurídica y como tal no tiene carácter inderogable siquiera por el principio general sancionado en el artículo 2.2 del Código Civil, o alternativamente, es susceptible de alteración por normas posteriores que contienen una regulación adaptada y motivada por sucesos acaecidos después de la aprobación y publicación del acuerdo”*.

De acuerdo con esta doctrina, el EBEP, bajo cuya vigencia se negocia el Acuerdo de Condiciones de Trabajo de los funcionarios que se somete a consulta, reconoce en su artículo 31.1 el derecho de los empleados públicos a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo. Y añade el mismo precepto, en su apartado 7, que el ejercicio de tales derechos *“deberá respetar en todo caso”* el contenido del propio EBEP y leyes de desarrollo.

Ante la contradicción sobrevenida entre la norma paccionada y las leyes aprobadas con posterioridad, y en la medida en que las normas posteriores sean de carácter necesario, tengan un rango jerárquico adecuado y afecten al ámbito material y personal del acuerdo de condiciones de trabajo, se producirá una sustitución de las previsiones paccionadas por las establecidas en dichas normas, que será definitiva o temporal en atención a la vigencia de estas últimas. Y es que el Acuerdo, en tanto que norma jurídica que se integra en el ordenamiento jurídico, se encuentra sometido a las reglas de sucesión y conflicto que lo rigen, de modo que la entrada en vigor de una Ley de carácter básico, que regula de forma directa los permisos de los empleados públicos de todas las Administraciones Públicas, debe llevar a la inaplicación de la norma paccionada, por la eficacia directa de la norma básica, pues de lo contrario el acto que se dictara al amparo del Acuerdo y reconociera el permiso sin la correspondiente detacción de haberes, sería ilegal, en tanto que vulneraría lo establecido en el artículo 48, h) TREBEP.

No obstante, el Ayuntamiento debe, en aras de la seguridad jurídica, proceder a la declaración de nulidad del precepto depurando así el Ordenamiento Jurídico.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Debe el Pleno del Ayuntamiento de Santomera, en aras de la seguridad jurídica, declarar la nulidad del artículo 19.1, letra g) del Acuerdo Marco, al estar incurso en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.2 LPAC.

No obstante, V.S. resolverá.

