

Expediente Núm. 27/2018
Dictamen Núm. 44/2018

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de marzo de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de enero de 2018 -registrada de entrada el día 6 del mes siguiente-, examina el expediente de revisión de oficio de la Resolución de 11 de diciembre de 2009, por la que se ordena la inscripción del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Mieres en el Registro de Convenios de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de mayo de 2017, el Alcalde de Mieres presenta solicitud de revisión de oficio “de la ordenación de la inscripción en el Registro de Convenios Colectivos de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Social (*sic*) y Empleo (...), así como su depósito y notificación a la Comisión Negociadora del

Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Mieres, de 11 de diciembre de 2009”, publicado en *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 5 de enero de 2010.

Expone que el “17 de noviembre de 2016 se remitió al Ayuntamiento de Mieres copia completa del expediente de aprobación por esta Dirección General de Trabajo del Convenio (...). Si observamos el expediente de la Dirección General de Trabajo para el depósito e inscripción de dicho Convenio, aprobada por Resolución de 11 de diciembre de 2009, podemos ver que en este último no se ha tenido en cuenta el informe de Intervención de fecha 18 de septiembre de 2009 en el que se recogían una serie de reparos que entendemos que hubiera conllevado la no aprobación del Convenio por la Dirección General:/ La modificación sufrida en los complementos específicos mensuales recogidos en la tabla salarial del Convenio es superior al anexo de personal del Presupuesto General del Ayuntamiento de Mieres./ No se podrían introducir conceptos retributivos nuevos, tales como ‘complemento de asistencia’, ‘plus de esfuerzo’, ‘bolsa de vacaciones’, etc. (...), por no estar previstos por la legislación básica, en concreto el Estatuto Básico del Empleado Público./ No cabría establecer el pago de horas extraordinarias a funcionarios./ El complemento de productividad del artículo 19.3 del Convenio no podría ser igual para todos los funcionarios o grupos de funcionarios, pues desnaturalizaría su esencia./ No cabría alterar el régimen retributivo en situaciones de incapacidad temporal, al contrario de lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio./ No se podrían instrumentalizar conceptos retributivos existentes para atender situaciones distintas de las previstas en la normativa que las regula, tales como jornada, vacaciones, permisos y licencias./ No se podrían establecer cláusulas salariales que supongan incrementos retributivos generalizados por encima de lo previsto en las Leyes Presupuestarias, y la pactada del IPC + 1 % con salvaguarda del 2 % estaría por encima./ No se podría reconocer un incremento retributivo lineal a una determinada categoría de funcionarios que por su carácter indefinido pueda recaer bien sobre

retribuciones básicas, como sobre las complementarias./ Así mismo hace constar que el informe del Negociado de Personal se habría realizado sin tener a su disposición el expediente completo (...). Constan en el expediente remitido por la Dirección General de Trabajo las hojas estadísticas de convenios colectivos de empresa en las que se definía un incremento de 2 % de salario, sin que se especifique más que el importe de las retribuciones por categorías profesionales, pero en ningún caso se acompaña el informe antes referido, aun cuando se señala en dichas hojas que `las retribuciones del personal afectado por este Convenio se revisarán anualmente en el porcentaje incrementado fijado en los Presupuestos Generales del Estado´./ En este sentido, entendemos que por aplicación del artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores vigente en aquel momento, según el cual `si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes´, la Dirección General de Trabajo debió haber advertido las irregularidades manifestadas por los informes de fiscalización, al ser una Administración local una de las firmantes”.

Cita a continuación “el artículo 4 del Real Decreto 1040/1981, de 22 de mayo, sobre Registro y Depósito de Convenios Colectivos de Trabajo”, en cuanto “establecía que `en el supuesto de que la autoridad laboral efectuase la comunicación de oficio a que se refiere el apartado 5 del artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores, al hacer constar tal hecho en el correspondiente asiento se hará mención expresa de las normas que se estimen conculcadas o los intereses de terceros presuntamente lesionados, debiendo constar estas circunstancias asimismo en la notificación que se practique a la Comisión Negociadora´./ Al no haber realizado las comprobaciones oportunas, ni haber tenido en cuenta el informe de fiscalización, la Dirección General de Trabajo adoptó la medida de acordar el depósito y publicación del Convenio colectivo sin advertencia de irregularidad alguna, lo cual se evidenciaba como incierto”.

Transcribe los apartados 2, 9 y 11 del artículo 22, así como el artículo 25, de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, vigente “cuando se aprobó el Convenio colectivo y se dio de paso” por el organismo al que se dirige, con base en los cuales afirma que “era competencia de este organismo haber velado porque dichos límites no fueran superados, sin que conste en el expediente ninguna actuación, comprobación o informe en el que se haga tal análisis, de (...) modo que, independientemente de que se remitieran, o no, todos los informes obrantes en el expediente, la Dirección General de Trabajo dio por bueno el Convenio sin hacer uso de sus competencias”. Considera que “el Convenio aprobó cláusulas que superaban los límites establecidos y esta Dirección General no adoptó las medidas oportunas para su control, por lo que su aprobación y registro se realizó vulnerando la legalidad”.

Tras citar jurisprudencia relativa a la aplicación del artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, en concreto, en relación con el supuesto de “actos administrativos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación”, razona que “en este caso no consta que la Dirección General de Trabajo ejerciera sus competencias en el control del Convenio citado, ni tuviera exacto conocimiento del informe de Intervención en el que se señalan las irregularidades recogidas, y tampoco consta que dicho reparo, de carácter claro, determinante e invalidante de haberse tenido en cuenta por la Dirección General haya sido enervado en modo alguno, o se haya analizado el porqué no determinaría aun así la validez del acto cuya nulidad se solicita”.

Subraya que la gravedad del supuesto, a efectos de considerar que se incurre en la causa de nulidad, radica en “la trascendencia de haber aprobado la publicación y depósito de un Convenio colectivo sin haber tenido en cuenta informes vitales para ello”, pues “supone que se ha afectado gravemente la

legalidad y se ha comprometido dinero público en virtud de acuerdos que no debieron contar con el visto bueno de la Dirección General de Trabajo”.

Adjunta la siguiente documentación: a) Informe de fiscalización, emitido con fecha 18 de septiembre de 2009 por el Interventor del Ayuntamiento de Mieres en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 214 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Se advierte que su emisión se produce previa petición formulada con un día de antelación, y que pese a “las limitaciones propias del escaso plazo de tiempo de que dispone”, se considera oportuno advertir diversos extremos “a fin de evitar, en la medida de lo posible, que la Corporación pudiera adoptar acuerdos contrarios a derecho”. En él se formula reparo “al contener el expediente de referencia propuesta de acuerdos, pactos o convenios que violan los límites a la negociación colectiva”; según resume: imposibilidad “de introducir conceptos retributivos nuevos”, de “instrumentalizar los conceptos retributivos existentes para atender situaciones distintas de las previstas en la normativa que las regula”, de “establecer cláusulas revisoras salariales que supongan incrementos retributivos generalizados por encima del previsto en las Leyes presupuestarias” y, por último, “reconocer un incremento retributivo lineal a una determinada categoría de funcionarios que por su carácter indefinido pueda recaer, bien sobre retribuciones básicas, como sobre las complementarias”. Límites retributivos que, recuerda, afectan también al personal laboral, según el ámbito de aplicación establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. b) Dictamen de la Comisión Informativa de Personal y Régimen Interior, de fecha 23 de septiembre de 2009, en el que se eleva al Pleno por unanimidad propuesta de resolución para la aprobación del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Mieres 2008-2011.

2. Como antecedentes del inicio del procedimiento de revisión de oficio, figura en el expediente la siguiente documentación: a) Resolución del Director General

de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo de la Consejería de Industria y Empleo, de 11 de diciembre de 2009, por la que se ordena la inscripción del Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Mieres en el Registro de Convenios Colectivos de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo. Consta la notificación de la inscripción a la Comisión Negociadora del Convenio el día 23 de diciembre de 2009, y su publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 5 de enero de 2010. b) Texto del Convenio, aprobado por el Pleno municipal el día 24 de septiembre de 2009, en el que se establece como periodo de vigencia el comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011. c) Acuse de recibo de la comunicación de denuncia del Convenio, acordada por el Pleno municipal con fecha 25 de octubre de 2012, remitido por el Director General de Trabajo al Ayuntamiento con fecha 5 de diciembre de 2012. d) Escrito del Director General de Trabajo, de 23 de abril de 2013, por el que pone en conocimiento de la Secretaria de la Mesa Negociadora del Convenio “que con fecha 9 de abril de 2013 ha tenido entrada, a través de medios electrónicos, ante el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo del Principado de Asturias, comunicación del inicio de negociaciones del convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Mieres”.

3. El día 3 de octubre de 2017, la Jefa de la Sección de Relaciones Laborales notifica al Ayuntamiento de Mieres la propuesta de resolución dictada por el Director General de Trabajo con fecha 27 de septiembre de 2017 en la que se propone desestimar la petición formulada, “por entenderse que el acto cuya nulidad se invoca fue dictado con arreglo a la legalidad y en razón a la documentación obrante en el expediente en aquel momento, debiendo tenerse en cuenta además que el Convenio inscrito ya no estaría actualmente en vigor”.

En sus fundamentos de derecho recuerda, en primer lugar, la competencia de la Consejería en materia de registro, depósito y publicación de convenios y acuerdos colectivos, analizando a continuación el ámbito temporal

del Convenio, vigente según su artículo II desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, y que fue “denunciado por el Pleno del Ayuntamiento el 25 de octubre de 2012 sin que posteriormente conste que se haya adoptado acuerdo alguno en orden a prorrogar su vigencia”, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, “parece claro que el Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Mieres ya no estaría vigente en la actualidad”.

En segundo lugar, y en cuanto a la solicitud de revisión de oficio, subraya que esta se fundamenta “en que no se tuvo en cuenta un informe del Interventor en el que se formulaban varios reparos al contenido del Convenio”, pero dicho informe “no se adjuntó en su día a la documentación presentada para registrar el texto, de manera que hasta ahora la Dirección General de Trabajo desconocía su existencia al no obrar en el expediente”. Añade que el informe del Interventor “fechado el 18 de septiembre de 2009, por el que se formulan reparos al texto del denominado Convenio (...), presenta diversas discrepancias o diferencias con el texto del Convenio colectivo registrado, lo que lleva a presumir que, o bien fue emitido valorando un texto distinto, o se refería a un borrador anterior del texto finalmente aprobado. Por ello, no parece que el documento que ahora se aporta sea motivo suficiente para abrir un procedimiento de tanto calado como la revisión de oficio por nulidad del acto administrativo de inscripción”.

Añade que debe diferenciarse la naturaleza jurídica del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de su inscripción, citando al efecto tanto jurisprudencia del Tribunal Supremo como doctrina del Consejo de Estado, con base en la cual califica “la actividad desarrollada por la autoridad laboral en orden a la inscripción de los convenios colectivos” como “una actividad meramente instrumental que no incide en la validez o invalidez del convenio colectivo que se quiere registrar”, por lo que el informe de Intervención reparando el texto “afectaría en su caso a la validez del convenio,

mas es sólidamente cuestionable que incida en la validez de un acto meramente instrumental que no tiene otro fin que el de dar conocimiento y publicidad a la norma convencional./ En consecuencia”, entiende que “si el objetivo final del Ayuntamiento de Mieres, actuando como empleador, es proceder a una adecuación de las condiciones de trabajo de su personal por considerar que están fuera de la Ley, o por cualquier otro motivo razonable dispone de varios instrumentos contemplados por el ordenamiento jurídico que lo posibilitan, y cuya utilización parece más adecuada al caso que se plantea que la revisión de oficio de la Resolución por la que se inscribe el Convenio Colectivo, que como quedó indicado se trata de un ‘acto separable’ del propio convenio colectivo (...), podría acudir a la jurisdicción social instando un procedimiento judicial que declare no ajustadas a derecho las condiciones laborables cuestionadas, o incluso podría valorarse la puesta en marcha de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, regulado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, o, en un plano de mayor simplicidad técnico jurídica, negociar y pactar un nuevo convenio colectivo”.

4. Con fecha 17 de octubre de 2017, el Alcalde del Ayuntamiento de Mieres presenta un escrito de alegaciones. En él, en primer lugar, y en cuanto a la vigencia del Convenio, opone que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y su aplicación al Consistorio por el Juzgado de lo Social de Mieres y por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “han certificado reiteradamente la plena vigencia de las condiciones recogidas en el Convenio cuya nulidad se invoca” partiendo del “criterio de que una vez perdida la vigencia de un Convenio se contractualizan las condiciones de trabajo que venían rigiendo anteriormente”. Cita varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en las que se ha confirmado “la plena vigencia de las condiciones laborales recogidas en el primitivo Convenio”, lo que, a su juicio, desvirtúa las manifestaciones de la propuesta al respecto.

En segundo lugar, y por lo que se refiere al fondo del asunto, rechaza que la actividad de la autoridad laboral sea meramente instrumental en cuanto al depósito y publicación de los convenios, y atribuye al organismo "falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de control y fiscalización, según las cuales (...) el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores obligaba a controlar el cumplimiento de la legalidad./ Por ello, cuando se registró la propuesta de Convenio colectivo en la Dirección General de Trabajo, y se definió el incremento retributivo en un 2 % de salario, este organismo debió controlar que ello era así realmente, de tal modo que hubiera realizado un mínimo control de legalidad, inexistente por su parte en todo el expediente, incumpliendo así las facultades reconocidas por el RD 1040/1981, de 22 de mayo, y las diferentes Leyes Generales Presupuestarias dictadas para los años 2008 y siguientes (...). De este modo", añade, "el Convenio se depositó, registró y publicó con la anuencia presupuestaria de este organismo, de tal modo que se acabaron incumpliendo las normas presupuestarias, como se recoge en el informe de Intervención que no consta en el expediente administrativo que obra en poder de este organismo./ Por tanto, la razón de la nulidad no estriba en que no esté aportado dicho informe, sino en que la Dirección General de Trabajo no ejerció sus competencias, y por tanto no controló los incrementos retributivos que suponían el Convenio./ En definitiva, su labor no es, ni era, instrumental y, por tanto, la no fiscalización del mismo supuso un claro incumplimiento legal que merece la declaración de nulidad".

Por último, afirma que "la propuesta propone desestimar la petición sin iniciar tan siquiera el expediente de nulidad de oficio", lo que no cabe salvo "que la solicitud sea manifiestamente improcedente".

5. El día 28 de noviembre de 2017, el Director General de Trabajo formula propuesta de resolución por la que se desestima la petición de revisión de oficio por nulidad de la Resolución de 11 de diciembre de 2009, de inscripción del Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Mieres. En ella

reproduce las manifestaciones contenidas en su anterior propuesta de 27 de septiembre de 2017 en cuanto a la falta de vigencia del Convenio, a la insuficiencia del motivo alegado y a la distinción entre el acto inscrito y el acto de inscripción.

En respuesta a las alegaciones formuladas, indica, en primer lugar, que “una cosa es la vigencia del convenio -que sin duda ha finalizado (...)- y otra es que, según esta doctrina, una vez expirada su vigencia las condiciones de trabajo en él contenidas hayan pasado a formar parte integrante del contrato de trabajo”. En segundo lugar, recuerda “el papel de la autoridad laboral en materia de convenios colectivos”, partiendo del artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores. Razona que “aun en el caso de que un convenio colectivo adolezca de algún vicio de legalidad la autoridad laboral no puede denegar sin más su registro, ni anularlo o dejar sin eficacia alguno de sus preceptos. Lo más que podría hacer sería dirigirse a la jurisdicción competente para que sea ella la que dirima si el convenio colectivo se ajusta a la legalidad o no, ya que, como se ha dicho, la validez o invalidez del convenio no depende en modo alguno de la participación de la autoridad laboral, que únicamente lo registra a efectos de conocimiento y publicidad. La validez del convenio emana de la voluntad de las partes y solo puede ser desvirtuada por sentencia judicial. Por ello, aun en el caso de que se dejase sin efecto una resolución de inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo, un convenio colectivo en vigor no dejaría de estarlo por este hecho”.

6. Con fecha 9 de enero de 2018, una Letrada del Servicio Jurídico emite informe en el que concluye la procedencia de desestimar la solicitud. Expone, en primer lugar, que “el Convenio colectivo del Ayuntamiento de Mieres no está vigente; ha decaído en su vigencia por fin de la ultraactividad, y ello con independencia de que las condiciones de trabajo de los empleados públicos se hayan contractualizado”. Cita en concreto la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 27 de febrero de

2015, en la que el Ayuntamiento de Mieres figuraba como parte demandada, y en la que expresamente se establece que “desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal, pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido”. Añade que “si el convenio del Ayuntamiento de Mieres no está vigente es evidente que no procede la revisión de oficio de la Resolución de 11 de diciembre de 2009, por la cual se inscribió dicho convenio en el Registro de Convenios Colectivos”.

En segundo lugar señala que, “a pesar de que por el motivo anteriormente indicado ya cabría desestimar la solicitud del Ayuntamiento de Mieres, no obstante, procederemos también a analizar la segunda de las cuestiones planteadas: la supuesta ‘falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de control y fiscalización’ de la autoridad laboral en el momento de inscribir el convenio en el registro de convenios colectivos de la Dirección General de Trabajo”. Coincide con la propuesta de resolución en el papel “meramente instrumental” de la autoridad laboral, ya que el artículo 90.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que “los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente a los solos efectos de registro”.

Estima que “si el Ayuntamiento de Mieres considera que el convenio colectivo contraviene la legalidad, como así manifiesta, no procede acudir al procedimiento de revisión de oficio de la resolución por la que se inscribe el convenio en el registro de convenios, sino al procedimiento legalmente establecido al efecto en el capítulo IX del título II, libro segundo, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”, dedicado a la

impugnación de los convenios colectivos (si bien precisa que es aplicable únicamente en relación con convenios colectivos en vigor).

7. El día 17 de enero de 2018, el Director General de Trabajo formula nueva propuesta de resolución en la que, tras reproducir el contenido de las anteriores y el del informe del Servicio Jurídico, propone la desestimación de la petición, reiterando que “el acto cuya nulidad se invoca fue dictado con arreglo a la legalidad y en razón a la documentación obrante en el expediente en aquel momento, debiendo tenerse en cuenta además que el Convenio inscrito ya no estaría actualmente en vigor”.

En sus fundamentos de derecho deja constancia de que “el órgano competente para dictar la presente Resolución es el Director General de Trabajo”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de enero de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio, a instancia de parte, de la Resolución de la Consejería de Industria y Empleo de 11 de diciembre de 2009, por la que se ordena la inscripción del Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Mieres en el Registro de Convenios Colectivos de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y el Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Principado de Asturias se halla debidamente legitimado en cuanto autor del acuerdo cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

Está legitimado para solicitar el inicio del procedimiento de revisión de oficio el Ayuntamiento de Mieres, en cuanto parte del Convenio colectivo al que se refiere la inscripción (esta última, acto administrativo cuya nulidad se pretende).

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que "Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), 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 artículo 47.1".

Por otra parte, el artículo 110 de la referida Ley establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada "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 el caso que examinamos, el acto objeto de revisión fue dictado en el año 2009 y el Convenio al que se refiere ha perdido su vigencia. Si bien estas circunstancias permiten cuestionar el ejercicio de la acción revisora y la elección de esta vía, a cuya excepcionalidad nos referiremos de forma específica en la consideración quinta, no consideramos que afecten con la necesaria intensidad

a los valores expresados en el precepto. Singularmente, y en cuanto a la buena fe de la solicitante (requisito que exige coherencia en el comportamiento), consta en el expediente que el Ayuntamiento denunció el Convenio en el año 2012 e inició negociaciones en el mes de abril de 2013; actuaciones que debemos entender orientadas a sustituir el instrumento cuya validez pretende atacar de forma indirecta. En suma, estimamos que en el asunto analizado no concurre en el procedimiento ninguno de los límites señalados, sin perjuicio de que el tiempo transcurrido y las vicisitudes indicadas en cuanto a la vigencia del Convenio permitan cuestionar la procedencia de la sustanciación de la vía de la revisión de oficio.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por analizar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias), establece que la “revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto”, faltando en el ordenamiento autonómico una previsión que residencie esa competencia en un orden jerárquico, al modo del artículo 111 de la LPAC. En el presente supuesto, la resolución cuya revisión de oficio se pretende fue dictada en su día por el titular de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo, por delegación del titular de la Consejería de Industria y Empleo (Resolución de 3 de

septiembre de 2007, *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 17 de septiembre de 2007), competencia que cuenta con idéntica delegación en la actual Consejería de Empleo, Industria y Turismo en favor del mismo titular del órgano (Resolución de 14 de agosto de 2015, *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 18 de agosto de 2015). La propuesta de resolución atribuye al mismo la competencia para dictar la resolución que ponga fin al procedimiento de revisión de oficio.

Tal y como hemos señalado con anterioridad (Dictámenes Núm. 168/2016 y 307/2016), si la delegación no comprende expresamente la revisión de oficio, el acto se entiende dictado por el órgano delegante, según lo dispuesto en el artículo 16.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias. En las resoluciones de delegación citadas no consta que esta se extienda a la revisión de oficio de los actos dictados en su ejercicio, por lo que ha de ser el órgano delegante (el titular de la Consejería) el competente para resolver y poner fin al procedimiento de revisión de oficio de un acto que se entiende dictado por él.

En cuanto a la instrucción del procedimiento, estimamos que se han observado sus requisitos esenciales, pues se ha incorporado el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, se ha dado audiencia y vista del expediente a la entidad local interesada y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

Sin embargo, observamos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la propuesta de resolución, advertimos que en el expediente figuran hasta tres documentos con esa

denominación que se emiten a lo largo del procedimiento. Quizás por ello el Ayuntamiento solicitante entiende erróneamente que la primera de ellas estaría incluso planteando una inadmisión a trámite. La segunda, a su vez, se somete a consideración de la interesada durante el trámite de audiencia, lo que contraviene lo previsto en el artículo 82.1 de la LPAC, que prescribe que se lleve a cabo una vez “Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”. Esta improcedente anticipación del trámite a la culminación de la instrucción impide además que la afectada tenga conocimiento del informe emitido por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias. No obstante, visto su contenido, entendemos que ello no le ha ocasionado indefensión, ya que este informe coincide con la argumentación expuesta en las anteriores “propuestas”. En todo caso, resulta necesario recordar que tal denominación debe reservarse para la dictada una vez instruido el procedimiento, sin que quepa su empleo para designar a los informes elaborados durante la tramitación del mismo a fin de recabar los elementos de juicio con arreglo a los cuales se ha de adoptar la propuesta de resolución.

Finalmente, y respecto al transcurso del plazo máximo para notificar la resolución expresa, que tratándose de una revisión iniciada a instancia de parte es de seis meses desde la entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (artículo 106.5 de la LPAC), se aprecia que, presentada la solicitud con fecha 12 de mayo de 2017, dicho plazo había transcurrido ya en el momento en que se solicita dictamen a este Consejo. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3 de la referida LPAC.

QUINTA.- El procedimiento sometido a consulta pretende la revisión de oficio de la Resolución de 11 de diciembre de 2009, dictada por la Consejería de Industria y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Mieres en el Registro de

Convenios Colectivos de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo.

En relación con la consulta formulada, hemos de recordar que la revisión de oficio de actos administrativos por nulidad de pleno derecho, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio establecidos en el artículo 47.1 de la LPAC debe ser restrictiva -como declara de modo constante el Tribunal Supremo, en Derecho Administrativo, y en materia de invalidez, la regla general es la anulabilidad y la excepción la nulidad radical (entre otras, Sentencias de 3 de junio de 1981 -ECLI:ES:TS:1981:370-, 24 de noviembre de 1987 -ECLI:ES:TS:1987:7475- y 19 de marzo de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:2175-).

La naturaleza excepcional del instituto de la revisión de oficio determina, además, como ya hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 24/2009, que no pueda ser utilizada como una vía de elección alternativa a la de los recursos ordinarios alegando vicios que hubieran podido ser enjuiciados en aquellos. Por esta razón el artículo 106.1 de la LPAC circunscribe el ejercicio de esta potestad a "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 artículo 47.1".

En el supuesto que nos ocupa, el acto cuya revisión se pretende no reúne las exigencias que el artículo 106 impone para que pudiera, en su caso, declararse nulo mediante el procedimiento de revisión de oficio. Así, el acto no es recurrible, exigencia que constituye uno de los presupuestos del procedimiento revisor, sin que tal circunstancia concurra en la Resolución por la que se ordena la inscripción del Convenio colectivo sobre cuya nulidad versa el sometido a nuestra consideración. En coherencia con ello, la propia Resolución

de 11 de diciembre de 2009 (publicada en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 5 de enero de 2010) no efectúa referencia alguna a las vías de impugnación que contra ella caben, pese a la exigencia de su constancia, que entonces establecía el artículo 60.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente en aquel momento), por remisión al artículo 58.2 de la misma norma (preceptos que se corresponden con los actuales 45.2 y 40.2 de la LPAC).

El carácter no recurrible de la resolución litigiosa resulta de su propia naturaleza y efectos, pues, como veremos, estamos ante la plasmación de “una actividad administrativa meramente instrumental” que no produce otro efecto que el de dar conocimiento público, el de dar a conocer el convenio colectivo acordado por las partes negociadoras, de tal modo que no cabe, como también impone la ley, incardinarlo en ninguno de los supuestos que el artículo 47 de la ley relaciona como incursos en causa de nulidad. Por otra parte, de su hipotética revisión no podría derivar efecto alguno respecto del contenido del convenio colectivo.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (vigente en el año 2009, cuando tuvo lugar la inscripción), y que se reproduce en el actual Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, la remisión del Convenio a la autoridad laboral lo es “a los solos efectos de registro”. En este sentido, el Tribunal Constitucional (Sentencia Núm. 235/1988, de 5 de diciembre -ECLI:ES:TC:1988:235-), al referirse a la “doble función en este ámbito de las relaciones de trabajo” de la autoridad laboral, distingue entre la “ordinaria (...), de registro, depósito y publicación del Convenio, con el fin, básicamente, de asegurar la publicidad del mismo; y en segundo lugar, y como una excepción o matización a esa primera regla, la de remitirlo a la jurisdicción competente en los casos de presunta ilegalidad o lesividad, a fin de que los órganos judiciales, que son los competentes para el control de legalidad

o lesividad de los Convenios colectivos (art. 90.5 E. T.), y para la aplicación e interpretación con carácter general de los mismos (art. 91 E. T.) adopten las medidas pertinentes”. Esta distinción evidencia que el acto de inscripción tiene como única finalidad la de dar publicidad al instrumento convencional suscrito por las partes legitimadas para ello, sin que quepa (como parece confundir el Ayuntamiento) identificar aquel con el juicio previo sobre la legalidad o lesividad del Convenio y la consecuente decisión de su sometimiento al control jurisdiccional. Pero tampoco cabe, como erróneamente asume la Administración que insta la nulidad, equiparar la mera comunicación a la autoridad judicial competente con el pronunciamiento que a esta corresponde. Equivocada es también la manifestación, en la solicitud de inicio, de que el conocimiento del informe del Interventor en el que se contienen los reparos (y que, según figura en el expediente, no se remitió a la Consejería) “hubiera conllevado la no aprobación del Convenio por la Dirección General”; afirmación que desconoce que la Dirección General carece de competencia alguna para “aprobar” el Convenio. En fin, obvia asimismo el Ayuntamiento cualquier razonamiento respecto a la condición de acto diferenciado de la inscripción respecto del propio Convenio, instrumento cuya validez intenta atacar sin aclarar la manera en que se produciría la comunicación de la nulidad entre ambos. Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013 -ECLI:ES:TS:2013:4133-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, que diferencia entre el convenio colectivo “y la posterior actividad que ha de desarrollar la Administración laboral en orden a la inscripción y publicación de dicha norma”, “intervención de la Administración pública en orden a su registro y publicación” que -como destaca la propuesta de resolución- el Tribunal califica de “actividad administrativa meramente instrumental para facilitar su constancia y su conocimiento, y es por tal razón ajena a ese proceso de elaboración o aprobación, pues en él únicamente intervienen los sujetos de la negociación colectiva”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada expresa, además, que como recoge claramente el artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (vigente en el año 2009, cuando tuvo lugar la inscripción) -en redacción que reitera el mismo precepto del actual Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre-, es la autoridad judicial competente la que “adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes”, en los casos en que la Administración laboral “estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros”. Solo al orden jurisdiccional social compete el pronunciamiento sobre la legalidad del convenio, que pueden instar también los sujetos legitimados una vez registrado si consideran que adolece de algún vicio de ilegalidad o lesividad. Así lo disponía el artículo 161.3 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (vigente en el momento del registro del Convenio, y que reproduce en la actualidad el artículo 163.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social); opción que pudo haber seguido el Ayuntamiento. Sin perjuicio, por otro lado, de la iniciativa que en cuanto parte afectada le incumbía antes de la remisión a la autoridad laboral, pues, siendo tan notoria y flagrante la ilegalidad en que incurría el Convenio (el Ayuntamiento enfatiza el carácter “claro, determinante e invalidante” del reparo del Interventor) no debió, por su sometimiento al principio de legalidad en cuanto Administración pública, haberlo suscrito.

En suma, la Resolución sobre la que versa el procedimiento de revisión de oficio sometido a nuestra consideración no constituye un acto revisable a través de dicha vía, sin perjuicio de la obligación municipal de adoptar las medidas necesarias para adecuar a la legalidad vigente aquellas condiciones laborales subsistentes del Convenio colectivo afectado que no se ajusten a ella. Tal y como señala la Dirección General de Trabajo, puede optar el Ayuntamiento por diversas vías para acometer tal propósito: cabe la

impugnación de dichas condiciones ante el orden social, el inicio de un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (como se advierte también en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 27 de febrero de 2015 -ECLI:ES:TSJAS:2015:522-, relativa a un proceso en el que fue parte el Ayuntamiento de Mieres), o la culminación de las negociaciones, ya iniciadas, para la adopción de un nuevo Convenio.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la nulidad de la Resolución de 11 de diciembre de 2009, por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Mieres en el Registro de Convenios de la Dirección General de Trabajo, Seguridad Laboral y Empleo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.