

V. LA REVISIÓ D'OFICI D'ACTES DE CONTINGUT LABORAL³³

1. Introducció

En la matèria de revisió d'ofici d'actes administratius, la Comissió Jurídica Assessora té una doctrina consolidada sobre les diferents causes de nul·litat de ple dret de les lletres de l'article 47.1 de l'LPAC, i anteriorment de l'article 62.1 de l'LRJPAC, en els distints grups de casos que es plantegen habitualment en l'exercici de la funció consultiva, entre els quals s'inclou l'àmbit de la funció pública, entès en sentit ampli, és a dir, no només en relació amb el personal funcionari, sinó amb el conjunt d'empleats públics, definits, d'acord amb l'article 8 del text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (TRLEBEP), aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, com els qui exerceixen funcions retribuïdes a les administracions públiques al servei dels interessos generals, que es classifiquen en funcionaris de carrera, funcionaris interins, personal laboral i personal eventual.

Aquest estudi té per objecte l'anàlisi de la doctrina de la Comissió en relació amb expedients de revisió de ofici que tenen la particularitat de versar sobre actes que afecten el personal laboral i directiu de l'Administració, d'organismes públics, d'entitats de dret públic i d'entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques, que es vincula amb l'entitat corresponent amb un contracte laboral.

La primera qüestió que la Comissió es planteja en l'anàlisi d'aquests supòsits és si els actes que se sotmeten a revisió poden tenir la consideració d'actes administratius i, per tant, si és procedent utilitzar la via de la revisió d'ofici, tenint en compte, d'una banda, la personalitat jurídica de l'entitat que en cada cas adopta l'acte i, d'una altra, la mateixa naturalesa de l'acte a revisar, que necessàriament ha de respondre a l'exercici d'una potestat administrativa.

Aquesta primera anàlisi porta a aplicar la doctrina jurisprudencial dels actes administratius separables del contracte laboral a l'efecte de determinar, en cada cas, si és procedent aplicar un procediment excepcional com és la revisió d'ofici o si, en canvi,

33. Estudi elaborat per la Sra. Mercè Grau i Bonàs, lletrada responsable de l'Àmbit Doctrinal de la Comissió Jurídica Assessora.

aquest procediment és inadequat per incidir en la relació bilateral derivada de la dinàmica del contracte de treball no sotmesa a l'ordenament jurídic administratiu sinó a la legislació laboral.

D'acord amb l'anterior, el segon apartat d'aquest estudi, intitulat "La naturalesa jurídica dels actes a revisar", es destina a posar de manifest els pronunciaments d'aquest alt òrgan consultiu en els dictàmens examinats sobre el diferent grau de sotmetiment al dret administratiu dels organismes públics i les entitats de dret públic vinculades o dependents de les administracions públiques que tenen la consideració d'administració pública, en comparació amb les entitats de dret privat vinculades o dependents d'una administració pública, com són les societats públiques de caràcter mercantil, de manera que, pel que fa a aquestes últimes, només s'aplica la legislació de procediment administratiu que específicament es refereixi a aquestes entitats, i, en tot cas, quan exerceixin potestats administratives.

L'apartat tercer de l'estudi exposa la doctrina de la Comissió sobre els actes administratius separables del contracte laboral que vincula els interessats amb l'entitat pública en qüestió. En aquests pronunciaments, l'alt òrgan consultiu té en compte la doctrina jurisprudencial que ha determinat l'abast de la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa en qüestions de personal que no s'atribueixen a la jurisdicció social. Els actes separables es regeixen pel dret administratiu perquè es dicten en exercici d'una potestat administrativa.

En els apartats quart i cinquè de l'estudi, amb la intenció de facilitar una visió més àmplia de les particularitats que presenten aquests d'expedients, s'ha considerat convenient analitzar els diferents supòsits de revisió d'actes de contingut laboral que han estat objecte dels procediments de revisió dictaminats per aquesta Comissió.

En l'apartat quart s'analitza, en quatre subapartats, la tipologia dels supòsits en què la Comissió ha considerat procedent utilitzar el procediment de revisió d'ofici per entendre que els actes objecte de revisió són actes administratius separables del contracte laboral. El primer subapartat tracta d'actes de contractació de personal laboral (dictàmens 55/2014, 76/2014, 89/2014, 99/2014, 72/2016 i 201/2020); el segon, de resolucions de nomenaments per a ocupar la direcció de dues àrees d'una entitat de dret públic (Dictamen 249/218); el tercer, d'un acte pel qual es modifica la categoria professional d'un treballador (Dictamen 193/2022), i el darrer es refereix a resolucions d'una entitat de dret públic d'atorgament de complements salarials als seus treballadors, que van ser objecte de diversos dictàmens de contingut anàleg (dictàmens 81/2023,

84/2023, 85/2023, 86/2023, 100/2023, 106/2023, 107/2023, 113/2023, 118/2023, 130/2023, 131/2023, 182/2023 i 183/2023, entre d'altres).

En l'apartat cinquè d'aquest estudi s'analitza, també en quatre subapartats, la tipologia de casos en què aquesta Comissió no ha considerat aplicable el procediment de revisió d'ofici en considerar que els actes objecte de revisió no són actes administratius sinó de contingut materialment laboral i, per tant, sotmesos al dret laboral. Es tracta de resolucions d'aprovació de complements salarials a personal laboral d'una societat mercantil (dictàmens 127/2023, 128/2023 i 129/2023); d'actes de reconeixement de prestació de serveis a l'efecte de triennis (Dictamen 316/2023); d'actes que confereixen a un directiu d'una societat mercantil pública el dret a una indemnització per extinció de la relació laboral (Dictamen 51/2023), i, finalment, d'actes que van generar ordres de pagament a dos càrrecs d'una societat mercantil pública en concepte de retribucions variables (Dictamen 297/2023).

Finalment, en el darrer apartat, s'extreuen diverses consideracions finals de l'estudi de la doctrina de la Comissió en aquesta matèria particular en l'àmbit dels procediments de revisió d'ofici.

2. La naturalesa jurídica dels actes a revisar

La primera qüestió que la Comissió analitza quan entra a examinar el fons de l'assumpte és si els actes de contingut laboral que són objecte del procediment de revisió d'ofici tenen la consideració d'actes administratius com a requisit necessari perquè es pugui recórrer a la institució de la revisió d'ofici per a anul·lar l'acte en qüestió. Efectivament, el primer requisit per a l'exercici de la revisió d'ofici és que l'acte revisable sigui administratiu.

Segons estableix l'article 34 de l'LPAC, tenen la consideració d'actes administratius els actes adoptats per una administració pública. Tanmateix, també s'aplica el règim previst per als actes administratius als actes adoptats per entitats privades del sector públic en exercici d'una potestat administrativa (article 2.2.b) de l'LPAC).

En el Dictamen 127/2023, sobre la revisió d'ofici instruïda per una agència per a declarar la nul·litat de ple dret d'una resolució del director d'una societat anònima de l'any 2006, per la qual es va establir a favor d'una treballadora un complement salarial de major dedicació, aquesta Comissió ha assenyalat el següent:

“Convé recordar que tant l’LPAC com la Llei 26/2010 s’apliquen al sector públic institucional de l’Administració de la Generalitat, que inclou tant els organismes públics i les entitats de dret públic vinculades o dependents de les administracions públiques (art. 2.2.a) de l’LPAC i art. 3.d) de la Llei 26/2010) com les entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques (art. 2.2.b) de l’LPAC). Ara bé, mentre que els organismes públics i les entitats de dret públic de l’article 2.2.a) de l’LPAC tenen la consideració d’administracions públiques (d’acord amb el que estableix expressament l’article 2.3 de l’LPAC), aquest no és el cas de les entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques, a les quals s’apliquen les disposicions de l’LPAC que específicament es refereixin a aquestes entitats i, en tot cas, se’ls aplica l’LPAC quan exerceixin potestats administratives (art. 2.2.b) de l’LPAC)” (fonament jurídic II).

Pel que fa als actes adoptats per les societats mercantils públiques, en el Dictamen 297/2023, sobre la revisió d’ofici instruïda per una empresa pública del Departament de Salut, per a declarar la nul·litat de ple dret dels pagaments efectuats en concepte de retribucions variables a dos anteriors càrrecs directius, aquest òrgan consultiu ha assenyalat que els acords d’aquesta entitat, societat de caràcter mercantil que no és una administració pública, en sentit estricte, no són actes administratius i, per tant, en principi, no poden ser objecte de revisió d’ofici. En aquest sentit, el mateix Dictamen afegeix:

«El procediment de revisió d’ofici només pot tenir com a objecte decisions de les administracions públiques: actes administratius o disposicions de caràcter general (article 106 de l’LPAC). Aquesta conclusió és coherent amb la limitació de les potestats públiques únicament als subjectes que tenen la condició d’administració pública. Cal advertir, però, que aquesta no és una qüestió pacífica. En efecte, en el context de la determinació del seu àmbit subjectiu d’aplicació, l’article 2 de l’LPAC distingeix les administracions públiques, d’una banda, i el sector públic institucional, d’una altra, ambdós integrants del sector públic en general. Dins del sector públic institucional, l’apartat 2.b) inclou “les entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques” i admet expressament que poden exercir “potestats administratives”: “Les entitats de dret privat vinculades o dependents de les administracions públiques, que estan subjectes al que disposen les normes d’aquesta Llei que s’hi refereixin específicament, i en tot cas, quan exerceixin potestats administratives”» (fonament jurídic VI.2).

D’altra banda, en el Dictamen 51/2023, sobre la revisió d’ofici instruïda per una empresa pública d’un departament de la Generalitat per a declarar la nul·litat de ple dret dels pagaments efectuats al director general d’una societat pública pels conceptes d’indemnització pel seu cessament i de complement en nòmina per la seva assistència a diversos consells d’administració d’una societat anònima, la Comissió també ha posat

de manifest que, si bé la característica més marcada de la forma privada de personificació que adopten les societats mercantils públiques és que es regeixen per l'ordenament jurídic privat, aquesta afirmació només és certa en part, ja que també els resulta d'aplicació el dret administratiu. Així, ha indicat que l'article 4 del text refós de la Llei de finances públiques de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 3/2002, de 24 de desembre, estableix que aquestes societats es regeixen per les normes del dret civil, mercantil o laboral, excepte en les matèries en què sigui d'aplicació la present Llei. I ha afegit que, en idèntic sentit, l'article 113 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP) –aplicable només a les societats mercantils estatals–, estableix que les societats mercantils estatals es regeixen pel que preveuen aquesta Llei i la Llei 33/2003, de 3 de novembre, i per l'ordenament jurídic privat, excepte en les matèries en què els sigui aplicable la normativa pressupostària, comptable, de personal, de control economicofinancer i de contractació. Aquestes societats, en cap cas, no poden disposar de facultats que impliquin l'exercici d'autoritat pública, sens perjudici que excepcionalment la llei els pugui atribuir l'exercici de potestats administratives. I ha conclòs el següent:

“En conseqüència, els actes que dicti una entitat de dret privat (com la del supòsit examinat) en l'exercici d'una potestat administrativa que li hagi estat atribuïda són actes de naturalesa administrativa a l'efecte de la legislació de procediment administratiu i són, per tant, revisables en el marc dels procediments de revisió d'ofici de l'LPAC. Per contra, no tenen caràcter assimilable als actes administratius els que adopta la societat quan actua amb sotmetiment al dret privat” (fonament jurídic VII.2).

Sobre el diferent grau de sotmetiment al dret administratiu de les entitats de dret públic i les societats públiques de caràcter mercantil, és d'interès, així mateix, portar a col·lació el Dictamen 127/2023, ja esmentat, per a declarar la nul·litat de ple dret d'una resolució de l'any 2006 d'un director d'una societat anònima, que es va dissoldre amb la creació d'una agència i el seu personal es va integrar en l'estructura administrativa de l'agència. En aquest Dictamen, la Comissió ha indicat:

“En la seva condició d'entitat de dret públic, l'agència és una entitat del sector públic que té la consideració d'administració pública (art. 2.2.a) i 2.3 de l'LPAC i art. 2.2.a) i 2.3 de l'LRJSP). En canvi, l'empresa pública, en tant que entitat de dret privat vinculada o dependent d'una administració pública, queda subjecta només parcialment a l'LPAC (en concret al que disposin les normes de la llei que específicament es refereixin a aquestes entitats i, en tot cas, quan exerceixin potestats administratives) i a l'LRJSP (a la qual se subjecten també aquestes entitats en relació amb les normes d'aquesta Llei que

específicament s'hi refereixin, en particular als principis previstos en l'article 3 i, en tot cas, quan exerceixin potestats administratives).

En conseqüència, els actes que dicti una entitat de dret privat com la d'aquest cas, en l'exercici d'una potestat administrativa que li hagi estat atribuïda, són actes de naturalesa administrativa a l'efecte de la legislació de procediment administratiu i són, per tant, revisables en el marc dels procediments de revisió d'ofici de l'LPAC. Per contra, no tenen la condició d'actes administratius els que adopta la societat quan actua amb sotmetiment al dret privat" (fonament jurídic V).

De l'anterior es deriva que aquesta Comissió, a l'hora de determinar si els actes de contingut laboral que se sotmeten a dictamen tenen la consideració d'acte administratiu, té en compte la personalitat jurídica de l'entitat que ha adoptat l'acte en qüestió i si aquest respon o no a l'exercici d'una potestat administrativa, per la qual cosa examina, en cada cas, si es poden considerar actes administratius separables del contracte laboral que vincula els titulars amb l'entitat pública en qüestió, d'acord amb la doctrina jurisprudencial dels actes separables que ha determinat l'abast de la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa per a analitzar qüestions de personal, les quals no s'atribueixen a la jurisdicció social. Aquesta doctrina s'exposa en l'apartat següent.

3. La doctrina dels actes administratius separables del contracte laboral

Els articles 1 i 3 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, estableixen que tenen la consideració d'actes administratius les actuacions de les administracions públiques subjectes al dret administratiu, mentre que no gaudeixen d'aquesta naturalesa els actes que versin sobre matèries expressament atribuïdes als ordres jurisdiccionals civil, penal i social, encara que estiguin relacionats amb l'activitat de l'Administració pública.

Al seu torn, l'article 1 de la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social, disposa que l'ordre jurisdiccion social coneix de:

"[...] les pretensions que es promoguin dins de la branca social del dret, tant en el vessant individual com col·lectiu, incloent-hi les que versin sobre matèries laborals i de Seguretat Social, així com de les impugnacions de les actuacions de les administracions públiques realitzades en l'exercici de les seves potestats i funcions sobre les matèries anteriors."

Tal com la Comissió ha assenyalat, entre d'altres, en els dictàmens 51/2023, 297/2023 i 316/2023, l'abast de la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa per a analitzar qüestions de personal ha estat tractada a bastament pels tribunals en el marc de la doctrina dels actes separables, que troba aplicació en els supòsits frontera entre els àmbits públic i privat. En els dos primers dictàmens citats, ha advertit, però, que aquesta doctrina s'acota a les actuacions de les administracions públiques i llurs assimilats (entitats de dret públic), però no es fa extensible a les entitats de dret privat que formen part del sector públic institucional, com és el cas de les societats mercantils.

En el Dictamen 51/2023, la Comissió ha remarcat que, segons els tribunals, s'ha de diferenciar, d'una banda, la decisió administrativa per la qual l'Administració o l'entitat pública selecciona la persona amb qui ha de formalitzar el contracte de treball i, d'una altra, el vincle contractual laboral que en resulta, diferent i separable de la decisió administrativa prèvia, de la qual cosa resulta que correspon a l'ordre contenciós administratiu conèixer de les impugnacions dirigides contra el procés administratiu de selecció del treballador i contra l'acte de la seva designació; i a la jurisdicció social, els litigis que sorgeixin en la dinàmica del contracte de treball que va néixer a conseqüència d'aquesta selecció i designació (Sentència del Tribunal Suprem de 31 d'octubre de 2000, de la Sala Tercera, Secció Setena –fonament de dret cinquè–).

En el Dictamen 316/2023 s'esmenta que la doctrina dels actes separables en l'àmbit laboral ha estat recollida, així mateix, pel Consell d'Estat, entre altres, en el Dictamen 202/1994, en què es posa de manifest que:

«[...] en la configuración de las relaciones contractuales, distingue una fase de preparación y cuya aplicación al supuesto aquí considerado puede apoyarse en lo dispuesto en el artículo 177.1 del ya citado texto refundido de 18 de abril de 1986, según el cual “la selección del personal laboral se rige por lo establecido en el artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril”, texto este último que, aparte de afirmar “el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos”, se remite al artículo 91 de la misma Ley de Bases, según el cual “la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse según la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”.»

Segons el Consell d'Estat, aquests condicionaments previs de la relació laboral que s'estableix mitjançant contracte permeten introduir la noció d'acte separable en la contractació laboral de les administracions públiques, que parteix de la distinció entre el

procés de selecció o preparatori del contracte (procés subjecte al règim jurídic administratiu) i la relació jurídica laboral ja constituïda (sotmesa a les normes de dret laboral).

En el mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Suprem, que, en la Sentència de 18 d'octubre de 1999, recurs de cassació 3714/1995, de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Setena (ECLI:ES:TS:1999:6443), admet l'aplicació de la doctrina dels actes separables a la contractació laboral per a diferenciar:

"[...] entre el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración pública, y la actividad administrativa, que lo precederá, de selección de la persona particular con la que se convendrá dicho vínculo laboral. La observancia del mandato del art. 23.2 CE se ha de desarrollar, no a través del contrato, sino mediante esa actividad anterior de selección" (fonament de dret tercer).

Tal com s'ha dit en el Dictamen 51/2023, la línia jurisprudencial esmentada es conté també en la interlocutòria del Tribunal Suprem 13/2013, de 17 de juny, de la Sala Especial de Conflictes de Competència, Secció Quaranta-dos, que determina, amb citació de la Sentència de 31 d'octubre de 2000, que:

"1) Las Administraciones públicas, en su esfera de actuación externa, se rigen por lo general por el Derecho administrativo, pero tienen también reconocida la posibilidad de ajustar una parte de dicha actuación a las normas del Derecho privado, bien sea este el civil o el laboral. Y cuando esto último sucede de diferenciar: de una parte, el acto jurídico perfeccionado o formalizado según las reglas del Derecho privado; y, de otra, la decisión administrativa por la que el ente público exterioriza su voluntad concurrente para perfeccionar dicho acto de Derecho privado. 2) Tratándose del contrato de trabajo pactado por un Ayuntamiento, como en el presente caso acontece, son de diferenciar también esas dos facetas que antes se han apuntado: la decisión administrativa por la que el Ente local selecciona a la persona con la que va convenir ese contrato de trabajo, y por la que manifiesta su voluntad de perfeccionarlo; y el vínculo contractual laboral posteriormente resultante, distinto y diferenciado de aquella previa decisión administrativa. 3) La dualidad anterior es resultado de aplicar a esta materia la doctrina de los actos separables, y trae consigo que en el ámbito procesal sean también de diferenciar dos distintos órdenes jurisdiccionales en cuanto a la competencia para conocer las cuestiones que puedan plantearse. Al contencioso administrativo corresponderá conocer las impugnaciones dirigidas contra el proceso administrativo de selección del trabajador y contra el acto de su designación; y a la jurisdicción social los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo que nació a consecuencia de esa selección y designación" (fonament de dret segon).

4. Anàlisi de supòsits en què s'ha considerat aplicable el procediment de revisió d'ofici

En aquest apartat s'analitzen els dictàmens que tenen per objecte la revisió d'ofici d'actes que afecten personal laboral en què aquest alt òrgan consultiu ha considerat aplicable el procediment de revisió d'ofici, en considerar que es tracta d'actes administratius separables del contracte laboral que vincula les persones interessades amb l'Administració o entitat pública en qüestió. L'anàlisi s'efectua en els quatre subapartats següents, segons la diferent tipologia de supòsits.

4. 1. Acords de contractació de personal laboral

En diverses ocasions la Comissió ha considerat que els acords o les resolucions que comporten la contractació de personal laboral són actes administratius separables del contracte laboral que poden ser objecte del procediment de revisió d'ofici.

Aquest pronunciament s'ha efectuat en els dictàmens següents: Dictamen 55/2014, sobre la revisió d'ofici d'un decret d'alcaldia mitjançant el qual es va acordar prorrogar el contracte temporal d'un conserge d'equipaments municipals i de diversos actes posteriors; Dictamen 76/2014, sobre la revisió d'ofici d'un decret d'alcaldia mitjançant el qual es va acordar la contractació d'un tècnic de comunicació; Dictamen 89/2014, de revisió d'ofici d'un decret d'alcaldia mitjançant el qual es va acordar la contractació temporal d'un conserge d'equipaments municipals; Dictamen 99/2014, sobre la revisió d'ofici d'una resolució de la directora de l'Agència Catalana de Protecció de Dades mitjançant la qual es va acordar la contractació de personal laboral per a ocupar un lloc de treball de periodista; Dictamen 72/2016, sobre la revisió d'ofici d'una resolució de la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades mitjançant la qual es va acordar formalitzar un contracte laboral d'una durada determinada i a temps complet per a la prestació dels serveis relacionats amb un lloc de treball, i, finalment, Dictamen 201/2020, sobre la revisió d'ofici instruïda per l'aleshores Departament d'Acció Exterior, Relacions Institucionals i Transparència per a declarar la nul·litat de ple dret dels actes pels quals l'any 2014 el DIPLOCAT va acordar la contractació d'un treballador, i les pròrrogues successives del contracte.

En tots aquests dictàmens, la Comissió s'ha referit a la doctrina jurisprudencial dels actes administratius separables i ha esmentat la Sentència de 31 d'octubre de 2000, ja

citada, d'acord amb la qual correspon a l'ordre contenciós administratiu conèixer de les impugnacions dirigides contra el procés administratiu de selecció del treballador i contra l'acte de designació, i a la jurisdicció social, dels litigis que sorgeixin de la dinàmica del contracte de treball que va néixer a conseqüència d'aquesta selecció i designació.

Així, en el Dictamen 72/2016 la Comissió va posar de manifest que l'acte que es revisava s'emmarcava dins d'un procediment de contractació laboral, de manera que en aquest cas el procediment de revisió era d'un acte administratiu separable que donava lloc a un contracte laboral, i va manifestar que, en el supòsit examinat, la resolució de la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades que acordava formalitzar el contracte laboral estava sotmès al procediment de revisió d'ofici perquè estava immers dins el dret administratiu.

Com és sobradament conegut, els empleats públics es classifiquen en funcionaris de carrera, funcionaris interins, personal laboral –que pot ser fix, per temps indefinit o temporal– i personal eventual. Si bé és cert que les normes de funció pública (actualment el TRLEBEP) s'han aplicat amb intensitat diversa a aquestes categories de personal, els principis d'igualtat, mèrit i capacitat han de fonamentar l'actuació de totes les administracions públiques en la selecció de personal, ja sigui funcionari o laboral.

Més en concret, segons l'article 55.2 del TRLEBEP, la selecció del personal funcionari i laboral s'ha d'efectuar mitjançant procediments en què es garanteixin els principis constitucionals abans expressats, així com els principis de publicitat de les convocatòries i de les seves bases; transparència, imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció; independència i discrecionalitat tècnica en l'actuació dels òrgans de selecció; adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques que s'hagin d'exercir, i agilitat, sens perjudici de l'objectivitat, en els processos de selecció.

En els supòsits examinats en els dictàmens esmentats, la Comissió va analitzar les causes de nul·litat que invoca, en cada cas, l'Administració, i en els dictàmens 55/2014 i 72/2016 va informar favorablement sobre el procediment de revisió d'ofici per la causa de la lletra e) de l'article 62.1 de l'LRJPAC, aplicable, que es correspon amb la causa de nul·litat de l'article 47.1.e) de l'LPAC. En la resta de supòsits esmentats la Comissió ha informat desfavorablement sobre el procediment de revisió d'ofici, en considerar que no es donaven les causes de nul·litat invocades per l'Administració.

La doctrina de la Comissió ha aplicat la causa de nul·litat de l'article 62.1 de l'LRJPAC (actual article 47.1.e) de l'LPAC) a supòsits d'absència total de procediment, a supòsits

d'utilització d'un procediment diferent del previst legalment i també a les omissions de tràmits procedimentals essencials, que són de tal gravetat que impedeixen el naixement vàlid d'un acte jurídic administratiu.

En el Dictamen 55/2014, com s'ha dit, relatiu a la pròrroga d'un contracte temporal d'un conserge d'equipaments municipals, la Comissió va assenyalar que, d'acord amb l'article 94.1 del Reglament del personal al servei de les entitats locals de Catalunya, aprovat pel Decret 214/1990, de 30, de juliol, aplicable al cas, el personal interí i el personal laboral temporal no permanent són seleccionats mitjançant convocatòria pública i pel sistema de concurs, llevat dels casos de màxima urgència, i que, en el cas examinat, es tractava d'un contracte laboral no permanent i que, per tant, estava previst el sistema de selecció de concurs, que no es va fer, sense que es donés la circumstància de màxima urgència que permetria prescindir del tràmit de concurs. En aquest cas, la Comissió va palesar que no es podia apreciar la màxima urgència, atès que es tractava d'una pròrroga d'un contracte inicial, i el decret d'alcaldia que havia decidit el contracte inicial ja havia acordat la contractació per la circumstància de màxima urgència, que ara no es podia tornar a apreciar, atès que quatre mesos abans ja s'havia buscat una solució provisional.

En el Dictamen 72/2016, sobre la revisió d'ofici d'una resolució de la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades mitjançant la qual es va acordar formalitzar un contracte laboral d'una durada determinada i a temps complet per a la prestació dels serveis relacionats amb un lloc de treball, la Comissió va apreciar la causa de nul·litat de l'article 62.1.e) de l'LRJPAC per la manca de la publicitat necessària i suficient de la convocatòria per a proveir la plaça. La Comissió va assenyalar que, malgrat que en l'expedient es feia ressò del fet que només es va fer publicitat interna, aquesta circumstància tampoc no restava acreditada, i, en qualsevol cas, tampoc no era suficient per a atendre l'exigència de publicitat que imposava l'ordenament jurídic. Altrament, advertia que tampoc no constava en l'expedient que es tractés d'un supòsit de màxima urgència, el qual possibilita excepcionalment la contractació directa, segons el que es preveu en l'article 40 del Decret 28/1986, de 30 de gener, de Reglament de selecció de personal de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

4. 2. *Nomenaments per a ocupar la direcció de dues àrees d'una entitat de dret públic*

El Dictamen 249/2018 tenia per objecte la revisió d'ofici de dues resolucions per les quals es designaven dues persones per a ocupar la direcció de dues àrees de

l'estructura d'una entitat de dret públic, en concret una agència, adscrita a l'aleshores Departament de Territori i Sostenibilitat. Els dos llocs de treball de directors, que es van ocupar amb contractes laborals de caràcter indefinit, es van adjudicar d'una manera directa i sense publicitat. Aquests dos nomenaments van recaure en persones que ja prestaven serveis com a personal laboral indefinit a l'entitat.

En aquest Dictamen, la Comissió va analitzar, en primer terme, la naturalesa i el règim jurídic de l'entitat, regulada per l'article 1.b) del text refós de l'empresa pública catalana, aprovat pel Decret legislatiu 2/2022, de 24 de desembre, que determina que en la seva activitat s'ajusta al dret privat, sens perjudici de l'aplicació de les normes de dret administratiu en els supòsits en què exerceix funcions i potestats públiques. A continuació, feia referència al règim jurídic del seu personal laboral, al qual és d'aplicació el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, que en l'article 2.1.d) estén el seu àmbit d'aplicació al personal funcionari i, en allò que sigui procedent, al personal laboral al servei dels "organismes públics, agències i altres entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol de les administracions públiques".

La Comissió va arribar a la conclusió que les dues resolucions objecte del procediment de revisió d'ofici per les quals es nomenaven els directors de dues àrees de l'entitat eren actes administratius separables del contracte laboral que vinculava els seus titulars amb l'entitat de dret públic i que, en tant que actes administratius separables, que donaven lloc a un contracte laboral, podien ser objecte de revisió d'ofici.

D'acord amb l'anterior, aquest alt òrgan consultiu remarcava que la vinculació dels titulars esmentats als llocs de treball de directors depenia de la validesa de llur designació i que, per tant, esqueia analitzar la concurrència de les causes de nul·litat invocades per l'Administració en les resolucions de designació.

En l'anàlisi de les causes de nul·litat conclouïa que no hi havia cap mena de dubte que les resolucions de designació dels dos directors incorrien en la causa de nul·litat prevista en l'article 47.1.e) de l'LPAC, atès que s'havien dictat amb absència total de procediment.

Efectivament, en els nomenaments dels dos directors, efectuats d'una manera directa i sense publicitat, es van vulnerar les previsions del TRLEBEP, que disposa que tant el personal funcionari com el personal laboral s'ha de seleccionar mitjançant procediments que garanteixin els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat (article 55.1 del TRLEBEP).

Aquest alt òrgan consultiu recorda que els principis constitucionals abans esmentats s'han de respectar també per a designar el personal directiu, segons estableix expressament l'article 13.2 del TRLEBEP. En concret, es considera personal directiu aquell que desenvolupa funcions directives professionals en les administracions públiques, definides com a tals en les normes específiques de cada administració (article 13.1 del TRLEBEP). La designació del personal directiu ha d'atendre principis de mèrit i capacitat i criteris d'idoneïtat, i s'ha de portar a terme mitjançant procediments que garanteixin la publicitat i la concurrència.

4. 3. *Modificació de la categoria professional d'un treballador*

En el Dictamen 193/2022 la Comissió va analitzar la revisió d'ofici instruïda per un departament per a declarar la nul·litat de ple dret d'una resolució de la gerència d'un consorci, de l'any 2017, per la qual es va modificar la categoria professional i el complement salarial corresponent d'un treballador.

En el supòsit objecte d'aquest Dictamen, el gerent del consorci va assignar a un treballador, personal laboral amb la categoria d'administratiu, funcions de tècnic superior, amb l'augment corresponent de les retribucions, per la substitució d'una treballadora d'una determinada unitat del consorci, afectada per una situació d'incapacitat temporal. Tanmateix, quan la persona afectada per la incapacitat temporal es va reincorporar a la feina, el treballador amb la categoria d'administratiu va continuar exercint les funcions de tècnic superior, amb el complement corresponent a aquesta categoria professional. A petició de l'interessat, que va sol·licitar el reconeixement adient a les funcions que estava desenvolupant, el gerent, mitjançant resolució, li va reconèixer directament, sense tramitar cap procediment de provisió, la categoria professional de tècnic superior (grup A1).

La Comissió, en aquest cas, va analitzar la naturalesa jurídica del consorci, ens públic de caràcter associatiu, i el règim jurídic del seu personal laboral. Com en el supòsit examinat en el Dictamen 249/2018, va assenyalar que era d'aplicació al seu personal el TREBEP, d'acord amb el que preveu l'article 2.1.d), que engloba els consorcis com a entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia.

La resolució de la gerència, que va reconèixer al treballador la categoria professional de tècnic superior, era, segons va afirmar la Comissió Jurídica Assessora, un acte administratiu separable que vinculava el treballador amb el consorci i, per tant, era

susceptible de ser revisat d'acord amb la doctrina del Tribunal Suprem sobre els actes administratius separables.

En aquest punt, la Comissió va palesar que els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat en l'àmbit dels treballadors públics regeixen no solament per a l'accés a l'ocupació pública, sinó també en la promoció professional del personal funcionari i laboral.

Així, en l'article 14.c) del TRLEBEP, relatiu als drets individuals dels empleats públics, es recull el dret a:

“[...] la progressió en la carrera professional i promoció interna segons principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat mitjançant la implantació de sistemes objectius i transparents d'avaluació.”

Per a concretar aquests procediments i per al cas del personal laboral, l'article 19 del TRLEBEP remet al que es preveu en l'Estatut dels treballadors o en els convenis col·lectius. En concret, segons l'article 19.2 del TRLEBEP:

“La carrera professional i la promoció del personal laboral es fan efectives a través dels procediments que preveuen l'Estatut dels treballadors o els convenis col·lectius.”

En l'examen de les causes de nul·litat invocades per l'Administració, aquest alt òrgan consultiu va concloure que s'incorria en la causa de nul·litat de l'article 47.1.e) de l'LPAC, atès que la modificació de la categoria professional del treballador es va dur a terme sense haver-se tramitat cap procediment de provisió mitjançant una convocatòria pública, amb vulneració dels principis de publicitat, igualtat, mèrit i capacitat que regeixen l'accés a l'ocupació pública, i que, a més, es va ometre el tràmit previ de l'informe favorable conjunt dels dos departaments que s'assenyala en l'article 33.1 de la Llei 4/2017, de 28 de març, de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2017, el qual era preceptiu, atès que el reconeixement d'aquesta categoria va implicar un augment de les retribucions del treballador.

Abans de concloure que existia la causa de nul·litat de ple dret esmentada, la Comissió va descartar que el treballador pogués accedir per la via de la promoció interna a la categoria superior, sobre la base del que preveu l'article 39 de l'Estatut dels treballadors, pel fet d'haver realitzat funcions superiors a les del seu grup professional per un període superior a sis mesos durant un any o vuit mesos durant dos anys. Sobre aquesta qüestió, va remarcar que en el sector públic és necessària i obligatòria l'existència de determinats elements i passos a seguir, que no es complien en aquest cas, i que concretava en: a)

l'existència d'una plaça A1 a la plantilla de personal del consorci, reservada al torn de promoció interna i vacant, amb les mateixes característiques de les funcions realitzades; b) l'existència d'un lloc de treball a la relació de llocs de treball de tècnic superior vinculat a la plaça esmentada anteriorment; c) la inclusió de la plaça a l'oferta pública d'ocupació, torn promoció interna; d) la convocatòria i el desenvolupament del procés selectiu, i e) la persona implicada hauria de guanyar el procés selectiu i hauria d'estar proposada pel tribunal.

Consegüentment, la Comissió va concloure que l'interessat no podia de cap manera consolidar ni el grup professional ni el complement salarial, sens perjudici del dret a percebre la retribució corresponent a les funcions realitzades, pel temps que es van desenvolupar.

4. 4. Actes d'una entitat de dret públic que va atorgar complements salarials a treballadors de l'entitat

Enguany, en vint-i-cinc dictàmens (81/2023, 84/2023, 85/2023, 86/2023, 100/2023, 106/2023, 107/2023, 113/2023, 118/2023, 130/2023, 131/2023, 182/2023 i 183/2023, entre d'altres) aquesta Comissió s'ha pronunciat sobre diversos procediments de revisió d'ofici l'objecte dels quals són les resolucions del director general d'una mateixa agència, per les quals es van establir determinats complements salarials als treballadors de l'entitat.

La Comissió, en primer terme, ha analitzat la personalitat jurídica de l'agència, que té la consideració d'entitat de dret públic i, per tant, d'administració pública, d'acord amb l'article 2.3 de l'LPAC, i el seu personal es regeix pel dret laboral.

Pel que fa a la naturalesa jurídica dels actes sotmesos a revisió, la Comissió ha considerat que són actes administratius separables del contracte laboral i s'ha pronunciat en els termes següents:

“En rigor, l'acte mitjançant el qual es van establir o modificar les condicions retributives va adoptar la forma d'un contracte individual, subscrit entre la Direcció de l'agència i la persona treballadora. La determinació o modificació de les condicions de treball amb impacte econòmic del personal laboral d'una entitat pública es pot fer mitjançant un contracte individual; si les retribucions no són regulades per un conveni col·lectiu, requereix el compliment d'uns requisits i d'una tramitació administrativa prèvia, de manera

que la decisió de fixar la retribució, que, en aquest cas, és tàcita i prèvia a la signatura del contracte individual, pot ser objecte de revisió d'ofici.”

La Comissió analitza la regulació de les retribucions de personal laboral de les administracions públiques i conclou que les retribucions, objecte del procediment, s'havien de determinar respectant, en tot cas, el procediment i el límit retributiu que fixaven en cada moment les lleis de pressupostos. Efectivament, la legislació en matèria de pressupostos vigent en el moment en què es van dictar els actes objecte de revisió establí els requisits per a determinar o modificar les retribucions del personal laboral de l'agència.

En els dictàmens assenyalats, aquesta Comissió ha considerat, en conseqüència, que es tracta d'actes administratius dictats en exercici de potestats administratives i, per tant, susceptibles de ser revisats d'ofici.

Pel que fa a les causes de nul·litat analitzades i els pronunciaments de la Comissió, cal remetre's a l'estudi d'aquesta *Memòria* que analitza àmpliament aquesta qüestió.³⁴

5. Anàlisi de supòsits en què no s'ha considerat aplicable el procediment de revisió d'ofici

A continuació, en els quatre subapartats següents s'exposa la tipologia de casos en què aquesta Comissió no ha considerat aplicable el procediment de revisió d'ofici, en considerar que els actes objecte de revisió no són actes administratius sinó de contingut materialment laboral i, per tant, sotmesos al dret laboral.

5. 1. Resolucions d'aprovació de complements salarials a personal laboral d'una societat mercantil

Els dictàmens 127/2023, 128/2023 i 129/2023 han tingut per objecte tres procediments de revisió d'ofici anàlegs, instruïts per la mateixa agència, a la qual s'ha fet esment en

34. *Vid.* Iván Olmedo Palomino, “Revisions d'ofici instruïdes per una agència per a declarar la nul·litat de ple dret de resolucions del director gerent d'una societat pública o de la direcció de la mateixa agència per a establir complements salarials a determinats treballadors i treballadores”, *Memòria 2023*, Comissió Jurídica Assessora.

el subapartat 4.5 d'aquest estudi, si bé, en aquest cas, els actes objecte de revisió, és a dir, els complements salarials, presentaven la particularitat que no els havia adoptat el director de l'agència, sinó que els havia adoptat, molt abans, en concret l'any 2006, el director gerent d'una societat anònima pública, que es va dissoldre amb la creació de l'agència, i el seu personal es va integrar en l'estructura administrativa d'aquesta agència.

Aquests tres dictàmens han estat objecte d'anàlisi en l'estudi d'aquesta *Memòria 2023*, abans esmentat,³⁵ que en el segon punt analitza la naturalesa jurídica de la societat que va establir els complements salarials i les conseqüències que se'n deriven, al qual cal remetre's. Sobre això, el que ara interessa destacar és que la diferent naturalesa de l'entitat que adopta l'acte –que, en aquest cas, no és una entitat de dret públic, sinó una entitat privada del sector públic que, d'acord amb l'article 2.3 de l'LPAC, no té la consideració d'administració pública– determina que els actes que van reconèixer els complements salarials no es poden considerar actes administratius separables del contracte individual de treball. La doctrina dels actes administratius separables no és extensible a les entitats de dret privat que formen part del sector públic institucional, com és el cas de les societats mercantils. El reconeixement d'aquest complement, per tant, no es va adoptar en exercici d'una potestat pública.

En aquests tres dictàmens la Comissió ha assenyalat que les quantitats presumptament percebudes indegudament pels treballadors derivaven de l'establiment d'un complement retributiu, en relació amb un contracte laboral, i que, en conseqüència, es tractava d'un supòsit d'àmbit social. En aquest sentit ha indicat:

“En el present cas, la determinació d'un complement retributiu de sou constitueix una qüestió de personal que és competència de la jurisdicció social.

El fet que la Llei de pressupostos aplicable l'any 2006 establís una tramitació prèvia – l'informe conjunt– i unes limitacions en matèria salarial i pressupostària no determinen que l'acte que s'examina sigui administratiu, atesa la naturalesa jurídica de l'entitat. En aquest cas, l'empresa pública no va actuar en l'exercici d'una potestat pública, sinó com a ocupadora o empresària, mitjançant la constatació d'uns acords el contingut dels quals és materialment laboral.”

Així, la Comissió ha conclòs en tots tres dictàmens que no és possible recórrer al mecanisme de la revisió d'ofici, de manera que no és competent per a pronunciar-se

35. Vid. Iván Olmedo Palomino, *ibídem*.

sobre l'anul·lació dels actes derivats de la relació laboral entre la mercantil i les persones interessades, en concret, el complement retributiu acordat l'any 2006.

5. 2. Actes de reconeixement de prestació de serveis a l'efecte de triennis

En el Dictamen 316/2023 s'ha examinat el procediment de revisió d'ofici instruït per un departament de la Generalitat per a declarar la nul·litat d'una resolució que va reconèixer a una treballadora laboral temporal d'aquest departament del grup B1 els serveis prestats anteriorment en dos consorcis participats per la Generalitat de Catalunya. Aquesta resolució va comportar el reconeixement a la treballadora de dos triennis més als que fins al moment ja tenia reconeguts com a personal laboral del grup B, que es van incorporar en la seva nòmina.

La Comissió ha analitzat la naturalesa jurídica de l'acte a revisar i ha assenyalat que el primer pressupòsit per a l'exercici de la revisió d'ofici és que l'acte revisable sigui administratiu; és a dir, que es tracti d'actes de l'Administració subjectes al dret administratiu.

De l'anàlisi de l'expedient, segons s'ha exposat, resulta que l'acte que es pretén revisar es produeix en el marc d'una relació jurídica laboral ja existent que es regeix principalment per normes de dret laboral. Es tracta, en definitiva, del reconeixement de la prestació de serveis a l'efecte de triennis a una persona lligada a un departament de l'Administració de la Generalitat per una relació jurídica laboral. A parer de la Comissió, l'acte que s'ha sotmès a revisió és formalment administratiu, però el contingut és laboral, subjecte materialment al dret laboral.

L'alt òrgan consultiu ha conclòs, en conseqüència, que en el supòsit que s'examina no és possible revisar d'ofici una resolució de l'Administració de reconeixement de serveis prestats a l'efecte de triennis a una persona amb vincle laboral, sobre la base de la distinció dels actes administratius separables del contracte laboral, en la mesura que aquesta resolució s'emmarca en el desenvolupament d'una relació laboral que ja existeix. En aquest punt, ha afirmat que no es tracta de la revisió d'ofici d'un acte que afecti el procés administratiu de selecció del treballador, ni la seva designació, sinó d'un acte que deriva d'una relació laboral ja constituïda en el marc d'una relació jurídica laboral.

En aquest Dictamen la Comissió ha esmentat dictàmens d'altres òrgans consultius sobre reconeixement de triennis de personal lligat a l'Administració per una relació jurídica laboral, els quals conclouen que no és procedent la via de la revisió d'ofici per a revisar, en via administrativa, la concessió de triennis a personal laboral, ja que aquests actes no són actes administratius, sinó actes de l'Administració de contingut laboral, de manera que són competència de la jurisdicció laboral. En aquest sentit, ha portat a col·lació el Dictamen 91/2017, de 30 de març, del Consell d'Estat; els dictàmens 366/2014 i 248/2019 del Consell Consultiu de Canàries, i el Dictamen 163/2015 del Consell Consultiu de Castella i Lleó.

Així mateix, la Comissió ha fet referència a la Sentència del Tribunal Suprem de 8 d'octubre de 2009, de la Sala Social, Secció Primera (ECLI:ES:TS:2009:8539), dictada en un recurs de cassació per a la unificació de la doctrina, la qual es pronuncia en el sentit que els actes de l'Administració de reconeixement d'antiguitat als treballadors en el marc d'una relació laboral no estan subjectes al dret administratiu i, per tant, no són d'aplicació les previsions de la normativa de procediment administratiu relatives a la revisió d'ofici dels actes administratius. Aquesta Sentència posa de manifest el següent:

“La doctrina administrativista más autorizada define el acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa. Y en el caso que nos ocupa es claro que no estamos ante una actuación del Ministerio demandado en el ejercicio de esa potestad. Tanto al reconocer a los trabajadores demandantes la antigüedad que reclamaban, como al rectificar luego su decisión, el Ministerio ha actuado claramente como empresario, en el marco de la relación laboral que mantiene con ambos demandantes, y aplicando normas de indiscutible carácter laboral [...].

Pues bien, los actos de la Administración cuando actúa como empresario no están sujetos al derecho administrativo, sino al derecho laboral, como los de cualquier otro empresario. Y al no estar sujetos al derecho administrativo, es claro que no le son de aplicación las previsiones que para la revisión de los actos administrativos en sentido estricto establece el Título VII de la Ley 30/1992 (LRJPAC), y más concretamente, su art. 103 sobre declaración de lesividad de los actos anulables. La Administración, cuando actúa como empresario laboral, puede, como cualquier otro, modificar sus decisiones por sí mismo, sin perjuicio de su posterior control judicial. Y el trabajador con relación laboral a su servicio, tampoco está obligado a agotar los recursos que los arts. 107 y siguientes de la LRJPAC prevén para la revisión de los actos administrativos sujetos al derecho administrativo. La propia Ley en el art. 125 de su Título VIII establece una vía más rápida y sencilla como es la simple reclamación previa, para que el trabajador que esté en

desacuerdo con la decisión de su empresario pueda obtener en vía judicial el reconocimiento del derecho que éste le niega [...].”

D'acord amb l'anterior, la Comissió Jurídica Assessora ha conclòs, en el supòsit examinat, que no resulta aplicable el procediment de revisió d'ofici de la resolució d'un departament de la Generalitat de reconeixement de serveis prestats a l'efecte de triennis a una treballadora laboral d'aquest departament, i que, si escau, cal reconduir l'eventual impugnació a la jurisdicció laboral.

5. 3. Actes que confereixen a un directiu d'una societat mercantil pública el dret a una indemnització per extinció de la relació laboral i el pagament d'un complement

Enguany, el Dictamen 51/2023 ha tingut per objecte el procediment de revisió d'ofici instruït per una empresa pública per a declarar la nul·litat de ple dret dels acords tàcits pels quals es va aprovar el pagament d'una indemnització al director general d'una societat mercantil pública quan va cessar en el càrrec i dels actes, també tàcits, de pagament a la mateixa persona en concepte d'assistències a reunions al consell d'administració d'una altra societat mercantil.

En el supòsit fàctic del cas, s'ha constatat que el Consell d'Administració de la societat mercantil en qüestió va acordar contractar el director general i li va atorgar poders d'actuació solidària. El director va signar un contracte de treball, de tipus ordinari, indefinit i a temps complet. Atès que la retribució era superior al que s'estableix per al lloc de secretari general, el Govern va autoritzar mantenir-la, en considerar que concorrien en el lloc de treball "unes funcions directives d'especial responsabilitat gerencial en relació amb els processos de creació, organització, gestió, administració i assessorament tècnic, administratiu i econòmic d'empreses". Es complia, així, l'Acord del Govern de 6 de setembre de 2011, que requeria l'autorització assenyalada.

Al cap d'un temps, el Consell d'Administració va acordar revocar els poders d'actuació solidària atorgats al director general i va establir-ne l'actuació amb la signatura mancomunada del president del Consell, a fi de controlar millor l'activitat del director general. De resultes de l'anterior, el director general va comunicar per escrit al president del Consell d'Administració que no acceptava la modificació, i mostrava la seva disposició a romandre a l'empresa fins a una data determinada. El Consell d'Administració va acceptar la renúncia presentada pel director general i es va realitzar un pagament, corresponent a una indemnització de vint dies de salari per any treballat,

com havia sol·licitat l'afectat, sense que constés en l'expedient l'acord del pagament de la indemnització. Aquesta indemnització és la prevista en l'article 41.3 del text refós de l'Estatut dels treballadors, en el cas de modificacions substancials de les condicions de treball que afectin determinades matèries. El president del Consell d'Administració havia informat l'interessat que, segons l'article 41 esmentat, la revocació de poders era una modificació substancial de les condicions de treball.

La Intervenció General, en els informes d'auditoria corresponents efectuats a la societat mercantil, la va instar que iniciés el procediment de revisió d'ofici del pagament de la indemnització sobre la base que el contracte laboral signat amb el director general havia de ser del tipus especial d'alta direcció, que no s'havien modificat les condicions del contracte i que l'interessat havia renunciat al lloc de treball. D'altra banda, la Intervenció General també va instar la societat a iniciar la revisió d'ofici del complement percebut en concepte de dietes per l'assistència, durant l'any 2017, a reunions del Consell d'Administració d'una altra societat mercantil pública, atès que el Govern havia prohibit aquest tipus de complements per l'Acord de 16 de juny de 2015.

La Comissió Jurídica Assessora, en primer terme, ha analitzat la personalitat jurídica de la societat mercantil i ha assenyalat que, tenint en compte que es tracta d'una entitat de dret privat vinculada o dependent d'una administració pública (article 2.1.b) de l'LPAC), només es poden considerar actes administratius els que dicti en l'exercici d'una potestat administrativa. En relació amb els actes dictats en matèria d'ocupació pública, la Comissió ha indicat que s'ha de tenir en compte la disposició addicional primera del TRLEBEP, segons el qual "Els principis que contenen els articles 52, 53, 54, 55 i 59 són aplicables en les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local, que no estiguin incloses a l'article 2 d'aquest Estatut i que estiguin definides així a la seva normativa específica", de tal manera que a les societats mercantils els resulta aplicable el mateix règim jurídic que a les administracions públiques en matèries com el règim d'accés, els deures de l'empleat públic o els principis ètics que han de regir-ne l'actuació.

No obstant l'anterior, segons ha indicat la Comissió, s'ha de tenir en compte que el règim jurídic concret aplicable al personal directiu de les societats mercantils públiques és el laboral. En aquest punt, ha palesat que, malgrat que es va formalitzar un contracte laboral ordinari, s'hauria d'haver formalitzat un contracte laboral d'alta direcció, i cita la Sentència del Tribunal Suprem de 16 de març de 2015, de la Sala Social, Secció Primera (rec. 819/2014), que recorda:

"[...] lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial"
(fonament de dret tercer).

La Comissió ha manifestat que cal incardinar l'actuació del director general de la societat mercantil en aquesta descripció. I, en conseqüència, ha posat de manifest que el director general de la societat quedava sotmès a la relació laboral de caràcter especial d'alta direcció, de conformitat amb l'article 2 de l'Estatut dels treballadors, i ha identificat com a normes aplicables la disposició addicional vint-i-unena de la Llei 2/2014, de 27 de gener, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic –que defineix el que s'ha d'entendre per personal directiu del sector públic i que aquest personal es vincula a l'ens o l'entitat per mitjà d'un contracte d'alta direcció–, i el Reial decret 1382/1985, d'1 d'agost, pel qual es regula la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció –que, entre d'altres qüestions, determina els supòsits en què es pot extingir el contracte de l'alt directiu per raó de les modificacions substancials del lloc de treball (article 10.3)–.

La Comissió ha posat de manifest que, en aquest cas, no és procedent admetre la via de la revisió d'ofici de l'article 106 de l'LPAC, en la mesura que aquests acords tàcits no responen a l'exercici de cap potestat administrativa. En aquest sentit, ha afirmat que l'extinció del contracte per renúncia del director general, en considerar que s'ha produït una pretesa modificació de les condicions de treball recollides en el contracte, la indemnització per cessament i el complement per l'assistència a diversos consells d'administració són conceptes derivats de la contractació de l'interessat, sotmesa al dret laboral, de tal manera que mancava el pressupòsit de l'existència d'un acte administratiu, pretesament nul.

En definitiva, la Comissió ha assenyalat que, en aquest cas, l'empresa pública no ha actuat en l'exercici d'una potestat pública, sinó com a ocupadora o empresària, mitjançant la constatació d'uns acords tàcits, el contingut dels quals és materialment laboral. I ha arribat a la conclusió que no es pot recórrer al mecanisme de la revisió d'ofici per a anul·lar els actes derivats de la relació laboral entre la mercantil i l'antic director general, i que cal reconduir l'eventual impugnació a la jurisdicció laboral.

5. 4. Actes que van generar ordres de pagament a dos càrrecs d'una societat mercantil pública en concepte de retribucions variables

Finalment, en el Dictamen 297/2023, s'ha examinat la revisió d'ofici instruïda per una empresa pública del Departament de Salut en relació amb els actes que van generar les ordres de pagament en concepte de retribucions variables per objectius per a l'any 2019 a les persones que aleshores ocupaven un càrrec directiu i un càrrec d'adjunt a aquest.

En l'examen de la naturalesa jurídica dels actes a revisar, a l'efecte de determinar si poden o no tenir la consideració d'actes administratius, aquest alt òrgan consultiu ha constatat que les retribucions variables en funció d'objectius estaven previstes en els contractes de treball que van subscriure els dos directius, un d'ells en un contracte de caràcter especial d'alta direcció, i l'altre en un contracte de relació laboral ordinària de caràcter laboral indefinit de l'article 1.1 de l'Estatut dels treballadors, exclòs de l'àmbit d'aplicació del Conveni col·lectiu de treball vigent a l'empresa. Els contractes de treball establien, alhora, que els objectius i el sistema de valoració de la meritació d'aquests serien establerts pel Consell d'Administració. En el contracte del càrrec directiu d'alta direcció es precisava, a més, que, en el cas que l'empresa pública no gaudís del règim d'autonomia de gestió regulat en els articles 68 i següents de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres, per a abonar aquesta quantitat anual, en concepte de retribució variable, caldria seguir el procediment establert reglamentàriament pel Govern de la Generalitat, i, en ambdós contractes, es fixava el límit de les retribucions variables per objectius a un 10 % de la retribució anual fixa.

Doncs bé, la Comissió ha conclòs que els actes que van reconèixer les retribucions variables per objectius per a l'any 2019 a les persones que aleshores ocupaven els càrrecs esmentats de la societat mercantil no han estat adoptats per una administració pública, sinó per una entitat privada del sector públic, i no responen a l'exercici de cap potestat administrativa de la societat pública, sinó que deriven de sengles relacions sotmeses al dret laboral, de manera que mancava el pressupòsit de l'existència d'un acte administratiu pretesament nul.

L'alt òrgan consultiu ha afegit que el fet que les lleis de pressupostos establissin unes limitacions per a percebre retribucions variables en compliment d'objectius i una tramitació prèvia, i que un acord de govern regulés el procediment de control de les retribucions variables en funció d'objectius del personal directiu de les entitats del sector públic de la Generalitat, tampoc no determina que els actes que s'examinen siguin administratius, atès que l'empresa pública no va actuar en l'exercici d'una potestat

pública, sinó com a ocupadora o empresària, i els actes en qüestió són materialment de caràcter laboral.

En definitiva, la Comissió ha conclòs que no resulta aplicable el procediment de revisió d'ofici dels actes que van reconèixer el dret als pagaments efectuats en concepte de retribucions variables per al 2019 a dos càrrecs anteriors de la societat mercantil, i que, si escau, cal reconduir l'eventual impugnació a la jurisdicció laboral.

6. Consideracions finals

De l'exposició precedent sobre la doctrina de la Comissió, s'observa que només és possible recórrer a la institució de la revisió d'ofici per a revisar actes de l'Administració o del sector públic institucional que tinguin la consideració d'actes administratius, d'acord amb el que estableixen els articles 2 i 34 de l'LPAC, i els actes adoptats per entitats privades del sector públic en exercici d'una potestat administrativa, d'acord amb el que disposa l'article 2.2.b) de l'LPAC.

En el cas concret dels actes de contingut laboral que afecten personal laboral de l'Administració i del sector públic institucional vinculats amb l'entitat corresponent amb un contracte de treball, per tal de determinar si s'han de considerar o no actes administratius dictats en exercici d'una potestat administrativa, i, per tant, si és possible recórrer a la via de la revisió d'ofici, s'ha d'examinar, en cada cas, si es poden considerar actes administratius separables del contracte laboral, d'acord amb la doctrina jurisprudencial dels actes separables en l'àmbit laboral. Així, segons els tribunals, s'ha de diferenciar, d'una banda, la decisió administrativa per la qual l'Administració o l'entitat pública selecciona la persona amb qui ha de formalitzar el contracte de treball i, d'una altra, el vincle contractual laboral que en resulta, diferent i separable de la decisió administrativa prèvia, de tal manera que correspon a l'ordre contenciós administratiu conèixer de les impugnacions dirigides contra el procés administratiu de selecció del treballador i contra l'acte de la seva designació, i a la jurisdicció social, els litigis que sorgeixin en la dinàmica del contracte de treball nascut a conseqüència d'aquesta selecció i designació.

Cal tenir en compte, però, que la doctrina esmentada s'acota a les actuacions de les administracions públiques i llurs assimilats –entitats de dret públic–, però no es fa extensible a les entitats de dret privat que formen part del sector públic institucional, com és el cas de les societats mercantils.

D'acord amb l'anterior, aquest alt òrgan consultiu ha considerat actes administratius separables del contracte laboral aquells actes adoptats per l'Administració o per les entitats de dret públic que han comportat l'accés a llocs de treball de personal laboral o a càrrecs de direcció. També ha considerat acte administratiu una resolució de modificació de la categoria professional d'un treballador. La Comissió, en aquests casos, recorda els principis constitucionals de publicitat, igualtat, mèrit i capacitat que han de regir l'accés a l'ocupació pública i la promoció professional dels empleats públics, els quals s'han de respectar també per a designar el personal que desenvolupa funcions directives professionals en les administracions públiques. En els casos en què els nomenaments s'han efectuat sense tramitar el procediment de selecció corresponent, o en què s'han vulnerat tràmits essencials, com la manca de la publicitat necessària i suficient de la convocatòria, ha apreciat la causa de l'article 62.1.e) de l'LRJPAC, que es correspon amb la prevista en l'article 47.1.e) de l'LPAC.

D'altra banda, aquesta Comissió també ha considerat actes administratius separables del contracte de treball, i, per tant, adoptats en l'exercici de potestats administratives, les resolucions del director d'una entitat de dret públic –que té la consideració d'administració pública, d'acord amb l'article 2.3 de l'LPAC– per les quals es van establir determinats complements salarials als treballadors de l'entitat, en la mesura que s'havien de determinar respectant, en tot cas, el procediment i el límit retributiu fixats en les lleis de pressupostos.

En canvi, aquesta Comissió ha considerat que no poden tenir la consideració d'actes administratius aquells actes sorgits de la pròpia dinàmica del contracte de treball en el marc de la relació jurídica laboral ja constituïda, sotmesa a normes de dret laboral. És el cas d'actes sobre reconeixement d'antiguitat de personal laboral; d'actes que atorguen complements retributius o salarials a personal laboral i personal directiu de societats mercantils, o d'indemnitzacions per extinció de la relació laboral a directius d'aquestes societats. En aquests casos, la Comissió ha assenyalat que no resulta aplicable el procediment de la revisió d'ofici, perquè els actes no responen a l'exercici de cap potestat administrativa, en la mesura que l'entitat que els adopta actua com a ocupadora o empresària. Aquests actes són materialment de caràcter laboral i, si escau, s'ha de reconduir l'eventual impugnació a la jurisdicció laboral.

