



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **304/2021**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 3 de diciembre de 2021, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Abarán, mediante oficio registrado el día 25 de noviembre de 2021 (Reg 202100372719), sobre revisión de oficio del art. 31.1 del Acuerdo Marco del personal funcionario y Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Abarán (exp. 2021_329), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La revisión de oficio sobre la que versa este Dictamen ya fue objeto de dos anteriores, el 147/2021, de 16 de julio, y el 246/2021, de 25 de octubre, cuyos antecedentes cabe dar ahora por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones.

Baste ahora señalar que se pretende declarar la nulidad del artículo 31.1 del Acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Abarán y del convenio colectivo aplicable a su personal laboral, al considerar que dichas disposiciones invaden competencias del Estado y fijan conceptos retributivos para el personal municipal en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico aplicable, lo que convierte el referido precepto en nulo de pleno derecho al amparo de lo establecido en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

SEGUNDO.- En los indicados dictámenes este Consejo Jurídico concluyó que, antes de poder efectuar un pronunciamiento sobre el fondo, era necesario completar la instrucción del procedimiento con dos actuaciones que habían sido omitidas, a saber, el trámite de audiencia a las organizaciones sindicales con representación en los órganos de negociación del Ayuntamiento y la elaboración de una propuesta de resolución.

Se advertía, además, a la Corporación Local consultante que en la medida en que no constaba que se hubiera comunicado a los interesados en el procedimiento de revisión de oficio la formulación de la consulta a este Órgano Consultivo, no se habría producido la suspensión del cómputo del plazo legalmente establecido para su resolución, lo que habría de ser tenido en cuenta para evitar incurrir en caducidad.

TERCERO.- El 26 de julio se dicta Decreto de la Alcaldía número 1137/2021, por el que, en cumplimiento de lo indicado en el antedicho Dictamen 147/2021, otorga trámite de audiencia a todos los sindicatos con representación en el Ayuntamiento de Abarán por plazo de quince días para la formulación de alegaciones.

Se unen al expediente trece oficios de notificación, dirigidos a otras tantas personas físicas, sin expresión de la organización sindical a la que éstas pertenecen ni de la representación que ostentan.

Si bien inicialmente no constaba que dichos oficios hubieran sido recibidos de forma efectiva por sus destinatarios,

tras la instrucción complementaria posterior a nuestro Dictamen 246/2021 se han incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico los correspondientes justificantes de notificación.

CUARTO.- Según se desprende del expediente remitido al Consejo Jurídico, sólo la organización sindical "Comisiones Obreras" hizo uso del trámite de audiencia y presentó alegaciones el 14 de agosto de 2021.

Dicho escrito de alegaciones, que no se había incorporado al expediente remitido a este Órgano Consultivo, lo ha sido tras nuestro Dictamen 246/2021.

QUINTO.- Por Acuerdo del Pleno de 30 de septiembre se desestiman las alegaciones formuladas por el Sindicato y se mantiene la suspensión del plazo máximo para resolver por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre el fondo del mismo y su recepción, acordada con ocasión del inicio del procedimiento el 11 de junio de 2021.

No consta que las sucesivas solicitudes de dictamen hayan sido notificadas a los interesados.

SEXTO.- Con fecha 25 de noviembre de 2021 el Ayuntamiento vuelve a solicitar Dictamen al Consejo Jurídico, para lo que acompaña a la consulta los justificantes de recepción de las notificaciones del trámite de audiencia efectuadas en julio de 2021, el escrito de alegaciones del sindicato Comisiones Obreras y una nueva propuesta de resolución que el Alcalde eleva al Pleno con el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: DESESTIMAR las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia por el Sindicato COMISIONES OBRERAS dentro del expediente de revisión de oficio del Art. 31.1 del Acuerdo Marco y del Convenio Colectivos municipales, dando traslado del expediente al Consejo Jurídico de la Región de Murcia para que emita dictamen preceptivo conforme a lo establecido en el Art. 106 de la Ley 39/15.

SEGUNDO: REVISAR DE OFICIO el Art. 31.1 del Acuerdo Marco de Condiciones de Trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Abarán, referente a la jubilación anticipada, solicitando dictamen al órgano consultivo de la C.A.R.M.

TERCERO: Al efecto de evitar la posible caducidad del expediente, mantener la suspensión acordada en el Pleno de 11/06/2021 en cuanto al plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen al Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre el fondo del mismo y su recepción en este Ayuntamiento, que se notificará al interesado".

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen y disposiciones cuya declaración de nulidad se pretende.

Cabe dar reproducidas las consideraciones que sobre dichos extremos se contienen en el Dictamen 147/2021.

No obstante, ha de precisarse que, si bien el Ayuntamiento en un principio pretende declarar la nulidad del artículo 31.1 del "acuerdo marco del personal funcionario y convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Abarán", lo cierto es que la propuesta de resolución únicamente se refiere a la revisión de oficio del artículo 31.1 del Acuerdo Marco de personal funcionario, por lo que este Dictamen se contrae al análisis de dicho precepto, en el entendimiento de que la Corporación consultante abandona su pretensión anulatoria respecto del convenio colectivo.

A tal efecto, el BORM núm. 241, de 19 de octubre de 2009, publica el "Acuerdo Marco aplicable al Personal Funcionario del Ayuntamiento de Abarán".

La redacción de su artículo 31.1 es la siguiente:

“Artículo 31. Jubilaciones.

31.1 En el marco de una política de promoción de empleo, a los trabajadores con menos de 65 años de edad y más de ocho años de antigüedad en el Ayuntamiento que causen baja voluntaria por jubilación anticipada, se les indemnizará por una sola vez con las cantidades siguientes:

60 años.....30.000€

61 años.....20.000€

62 años.....12.000€

63 años.....8.000€

64 años.....6.000€”

SEGUNDA.- Del procedimiento.

I. Sin perjuicio de reiterar lo que sobre esta cuestión se ha señalado con reiteración en los anteriores dictámenes ya citados, cabe indicar que por el Ayuntamiento consultante se han subsanado algunas de las deficiencias allí advertidas, singularmente respecto al contenido de la propuesta de resolución, aunque no todas.

En efecto, en relación con el trámite de audiencia a los interesados, con ocasión de la nueva consulta se han incorporado al expediente tanto el único escrito de alegaciones presentado como los justificantes de recepción o rechazo de las notificaciones practicadas a trece interesados, pero cabe reiterar lo que ya se dijo en el Dictamen 246/2021: *“en la medida en que los destinatarios de dichos oficios son personas físicas, sin expresión de su condición de representante sindical ni a qué organización sindical pertenece, no puede comprobarse que fueran notificadas todas las organizaciones sindicales que habían de ser llamadas al procedimiento en su calidad de interesadas”*.

No obstante, hecha la advertencia acerca de la imposibilidad de comprobar que el trámite de audiencia se ha practicado a todos los sujetos a los que corresponde la condición de interesados, se opta por entrar en el fondo del asunto para no demorar más la resolución del procedimiento.

II. En cualquier caso, se considera oportuno recordar, una vez más, que, incoado el procedimiento revisor por acuerdo del Pleno de la Corporación de 11 de junio de 2021, ha de atenderse a lo establecido en el artículo 106.5 LPACAP, de cuya virtud el transcurso de seis meses sin que se haya dictado resolución producirá la caducidad del procedimiento.

Como ya indicamos en nuestros anteriores dictámenes y dado que la Corporación consultante parece no haber atendido lo que allí se advertía acerca de la necesaria notificación a los interesados como condición necesaria para que la suspensión del procedimiento tenga lugar, se advierte que *“en la medida en que no consta que se haya comunicado a los interesados en el procedimiento de revisión de oficio la formulación de la consulta a este Órgano Consultivo, no se habría producido la suspensión del cómputo del plazo legalmente establecido para su resolución ex artículo 22.1, letra d) LPACAP, lo que habrá de ser tenido en cuenta para evitar incurrir en caducidad (art. 106.5 LPACAP)”*.

Del mismo modo se recordaba que *“en orden a evitar la terminación del procedimiento por dicha vía, cuando el*

Ayuntamiento vuelva a solicitar el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, puede acordar si así lo estima oportuno la suspensión del cómputo del plazo del procedimiento revisorio. Pero, para que se produzca tal efecto suspensivo, la Administración consultante ha de adoptar un acuerdo expreso en tal sentido, en el momento de solicitar el Dictamen, y comunicar dicha solicitud a los interesados en el procedimiento. Esta comunicación habrá de ser expresiva del momento en que la petición de informe se realiza y del tiempo de suspensión, que finalizará con la recepción por parte del Ayuntamiento del Dictamen o por el transcurso de tres meses sin que se haya llegado a evacuar el informe. Finalización de la suspensión que también habrá de ponerse en conocimiento de los interesados”.

De nuevo se ha solicitado el Dictamen a este Consejo Jurídico, pero no consta que se haya comunicado la suspensión derivada de tal actuación a los interesados, por lo que el plazo sigue su curso, habiendo consumido ya más de cinco meses. Y es que no se suspendió con ocasión de la primera consulta efectuada, como ya se advirtió en el Dictamen 147/2021, ni puede considerarse que las suspensiones acordadas por el Pleno los pasados 30 de septiembre y 25 de noviembre surtan efectos si no se han notificado dichos acuerdos a los interesados, lo que no consta que se haya llevado a efecto.

Hecha de nuevo esta advertencia, se opta por entrar a considerar el fondo del asunto, sin perjuicio de recordar a la Corporación el riesgo de inminente caducidad del procedimiento que se aprecia en el supuesto sometido a consulta.

III. La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Pleno de la Corporación conforme a la interpretación sistemática de los artículos 21.1,l), 22.2,k) y j) y 110.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), según se ha señalado por este Órgano Consultivo, entre otros, en los Dictámenes núm. 98 y 168 del año 2006 y el 39/2021. En igual sentido el Consejo de Estado (Dictamen 613/2010), los Consejos Consultivos de Andalucía (Dictamen 722/2014) y de Canarias (Dictamen 102/2014), así como la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco (Dictamen 196/2010) y el hoy extinto Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen 25/2012).

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

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

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

Por el contrario, sí admitíamos en el referido Dictamen la vía de la revisión de oficio como forma de declarar la nulidad de un acuerdo que sólo afecte a personal sometido a régimen estatutario funcional, como es el caso del supuesto sometido a consulta, conforme al artículo 1 del Acuerdo de funcionarios en cuestión, cuyo ámbito de aplicación se limita a las condiciones de trabajo que han de regir las relaciones profesionales entre el Ayuntamiento de Abarán y el personal funcionario, con exclusión expresa del personal laboral, que se regulará por su propio convenio colectivo.

Ha de partirse de la caracterización del acuerdo colectivo regulador de las condiciones de trabajo funcionariales como una disposición que puede actuar como fuente normativa secundaria del estatuto funcional, sometida en todo caso a los principios de reserva de ley y jerarquía normativa y capaz para desarrollar y complementar las determinaciones legislativas de dicho estatuto. Naturaleza ésta que también le atribuye la jurisprudencia: “e/

«Acuerdo» impugnado, en la medida en que su contenido plasma una regulación de determinados aspectos de la relación que liga al Ayuntamiento con sus funcionarios, tiene una significación normativa, pues su eficacia no se agota en una o varias concretas aplicaciones, sino que tiene una vocación ordenadora de situaciones futuras desde una previsión abstracta y general. Por tanto, a los efectos de lo que aquí se está analizando, a dicho «Acuerdo» ha de reconocérsele el valor de disposición de carácter general» (STS de 14 de abril de 2000, rec. 535/1996). En idéntico sentido, la STS de 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013.

Si es una disposición de carácter general, *“...cualquier infracción de los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley, a que se pueden contraer los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, determina su nulidad de pleno derecho”* (Dictámenes 671 y 792/2013 del Consejo Consultivo de Andalucía, en respuesta a consultas efectuadas en el seno de procedimientos de revisión de oficio de Acuerdos de condiciones de trabajo de personal funcionario de un Ayuntamiento y de una Diputación provincial, respectivamente).

Por otra parte, y dado que la validez y eficacia de este tipo de acuerdos depende de su aprobación formal y expresa por parte de la Administración (art. 38.3 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP), la jurisprudencia también viene apuntando como vía de dejar sin efecto sus previsiones la declaración de lesividad del acto administrativo aprobador y la ulterior revisión ya en vía jurisdiccional. Así se pronuncia la ya citada STS de 30 de abril de 2014:

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

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

(...)

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

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

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

a) Hemos considerado en cierto modo preferente la vía de la declaración de lesividad del acuerdo aprobatorio, en la medida en que permite la intervención de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso con la garantía adicional de control *ex ante* frente a la desvinculación unilateral de lo pactado por parte de la Administración,

facilitando la tutela judicial de los derechos de los empleados públicos. Una vez que la declaración de lesividad ya no es posible por razones cronológicas, la revisión de oficio del acuerdo aprobatorio no conlleva mayores garantías que la del acuerdo regulador.

b) El Acuerdo regulador, fruto del pacto entre los representantes de la Administración y del personal, es el cuerpo normativo en el que se contiene el germen primario de la invalidez, pues son sus disposiciones y preceptos los que contravienen en sentido material y sustantivo el ordenamiento estatutario básico de los empleados públicos. De modo que la nulidad originaria cabe predicarla del acuerdo regulador, mientras que la del acuerdo aprobatorio sería en cierto modo derivada, en la medida en que la vulneración del ordenamiento en que incurre emana de la aprobación o sanción de una norma en sí misma ilegal, a la que dota de “validez y eficacia” (art. 38.3 TREBEP).

La esencia de este razonamiento, *mutatis mutandi*, puede encontrarse en la base de la previsión contenida en el artículo 112.3 LPACAP, cuando prevé que los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de una disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó la disposición. Se produce una suerte de *vis atractiva* de la revisión, que se residencia en el origen de la invalidez: la disposición administrativa pretendidamente ilegal.

c) Si se declarara la nulidad del acto aprobatorio del acuerdo regulador, los efectos de dicha declaración se producirían *ex tunc*, es decir, desde el momento en que se dictó tal acto anulado, lo que dejaría sin amparo normativo la concesión de los concretos anticipos y premios de jubilación acordados por el Ayuntamiento en los 12 años transcurridos desde que el Acuerdo de 2009 entró en vigor. Es cierto, no obstante, que mediante la aplicación de los límites de la revisión previstos en el artículo 110 LPACAP podrían llegar a modularse los efectos de la nulidad, atendiendo a razones cronológicas y de equidad, pero aunque esta posibilidad ha sido aceptada por un cualificado sector de la doctrina administrativista e, incluso, en algún supuesto por el Tribunal Supremo (así, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 991/2016 de 4 mayo), la aplicación de dichos límites a estos efectos es rechazada de forma mayoritaria por la jurisprudencia del Alto Tribunal (por todas, STS, de 26 de junio de 2018, rec. 2011/2016), conforme a la cual la concurrencia de las circunstancias expresadas en el artículo 110 LPACAP permiten excluir la revisión y, en consecuencia, la declaración de invalidez del acto; pero, una vez declarada la nulidad, no habilitan para limitar los efectos de ésta, despojándola de sus consecuencias jurídicas.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 106.4 LPACAP, declarada la nulidad de una disposición, los actos firmes dictados en aplicación de ella subsisten, de modo que las resoluciones adoptadas por el Ayuntamiento por las que desde el año 2009 ha concedido los anticipos y premios en cuestión a sus empleados jubilados, una vez firmes, no se verían afectadas por la declaración de nulidad de los preceptos del Acuerdo en que aquéllos se ampararon.

Corolario de lo expuesto es que, en el supuesto sometido a consulta, la revisión de oficio debe tener por objeto el Acuerdo regulador y no el acto aprobatorio del mismo.

CUARTA.- De la naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada.

Como ya apuntábamos en nuestro Dictamen 245/2020, el Consejo Consultivo de Castilla y León, en su Dictamen 228/2020, efectúa una excelente síntesis de la evolución jurisprudencial y doctrinal de estos conceptos. Señala el citado Órgano Consultivo que con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), los incentivos económicos a la jubilación anticipada de funcionarios se consideraron por algunas Administraciones como recompensas o premios en metálico amparados por el artículo 66 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero.

La jurisprudencia inicial fue vacilante sobre el carácter de estos incentivos. Algunas sentencias negaban la naturaleza retributiva de las mencionadas indemnizaciones y defendían que constituyen “medidas asistenciales” que no retribuyen la prestación de servicios sino el auxilio de los empleados en determinadas situaciones de necesidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2006 indica que “se trata de aportaciones económicas (...) que están destinadas a atender determinadas necesidades y no son una mera contraprestación económica del desempeño profesional que se devengue necesariamente y con regularidad periódica. Por lo cual, carece de justificación atribuir a estos desembolsos la consideración de “retribuciones” y es más adecuado calificarlas de medidas asistenciales”.

Un fiel reflejo de este criterio no pacífico sobre la cuestión se encuentra en las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de diciembre de 2014 y de 13 de febrero de 2015 (esta última casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018, a la que se aludirá después), que modificaron el anterior criterio de la misma Sala -que atribuyó naturaleza retributiva a dichos premios-, y consideraron que se trataba de medidas asistenciales ante la pérdida de ingresos derivada de la jubilación voluntaria y forzosa; y también la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de julio de 2016 (casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2019, que se analiza con posterioridad).

Del mismo modo, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2013 (rec. 7064/2010), al analizar la naturaleza de una batería de medidas incluidas en un Acuerdo de condiciones de trabajo de personal funcionario del Ayuntamiento de Valencia, entre las que se encontraban ciertos incentivos a la jubilación anticipada, sostiene que éstos son medidas de acción social y niega que gocen de naturaleza retributiva, con los siguientes argumentos:

“2.- Toda medida de acción social, como lo son las previstas en los artículos 27, 28, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 58 y 60 del Acuerdo sobre Personal Funcionario impugnados por el Abogado del Estado, tiene un coste económico, pero ello no conlleva la necesidad de considerarlas retribuciones porque su razón de ser y su régimen de devengo es muy diferente.

Las retribuciones son la contraprestación directa del trabajo profesional desarrollado, y se devengan por la totalidad de los empleados públicos con regularidad periódica en un mismo importe; mientras que las medidas de acción social no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad. La propia regulación tributaria en materia de IRPF viene a admitir la diferencia entre una y otras, pues si bien señala que los rendimientos del trabajo son un componente de la renta gravada, dentro de ese concepto genérico separa lo que son propiamente retribuciones (sueldos y salarios) y lo que constituyen otras clases de devengos económicos o prestaciones provenientes del trabajo. Y hay una última razón nada desdeñable: toda medida de acción social tiene un coste económico, como ya se ha adelantado, por lo que equipararla con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.

Es cierto que la falta de una regulación más detallada del contenido de estas medidas ha suscitado dudas sobre la identificación de las mismas, y ha generado por ello pronunciamientos de esta Sala no siempre coincidentes. Mas la posible contradicción debe decidirse por la actual solución con base en las razones que acaban de apuntarse”.

No obstante lo anterior, en la actualidad la jurisprudencia contenciosa considera que estos incentivos a la jubilación anticipada tienen carácter retributivo y, por ello, son conceptos no permitidos por la normativa en materia de retribuciones de los funcionarios, e incluso que son prestaciones del ámbito de la Seguridad Social, por lo que las entidades locales carecerían de competencia para regularlas.

Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, que anuló el convenio regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios de un Ayuntamiento por haber vulnerado la normativa estatal que regula la materia, señala que *“la percepción personal de (...) para los funcionarios con hijos disminuidos o minusválidos, la contratación de determinados seguros para cobertura de concretos riesgos, con prima a cargo del Ayuntamiento y la previsión de un Fondo Social para compensar económicamente al personal funcionario en los supuestos que determine en el futuro la Mesa General de Negociación, son preceptos que introducen conceptos retributivos nuevos al margen de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, al que remite el art. 153 del R.D. Legislativo 781/1986, respecto de las remuneraciones a percibir por los funcionarios Locales; o son -disposición adicional 5ª- un modo de participación funcional en la distribución de fondos, o una percepción indirecta de retribuciones -el art. 28-, que contradicen el precepto citado del texto refundido. Por lo que es claro que se está ante una vulneración del art. 149.1.18 de la Constitución que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas. Sin que sean atendibles las consideraciones del recurrente acerca de que los conceptos o percepciones citadas no son otra cosa que ayudas sociales, fundadas en los preceptos legales que cita -el art. 28- al ser claro el carácter retributivo directo o indirecto de las*

percepciones cuestionadas, según los términos en que se manifiestan las disposiciones legales a que se ha hecho referencia, para fundar la desestimación de este motivo. De modo que no cabe la invocación de la libertad negocial del art. 32 de la Ley 9/87, que en estos aspectos ha de moverse dentro de las limitaciones legalmente impuestas”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2010 señala que *“El artículo 32 establece premios por jubilación voluntaria con arreglo a la siguiente escala (...). Dichos premios infringen la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 781/86 y la disposición final segunda de la Ley 7/85 y no se puede amparar en el artículo 34 de la Ley 30/84 porque no atienden a los supuestos que se contemplan en el precepto ya que no son retribuciones contempladas en la regulación legal, como contempla la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 y como subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008 no son un complemento retributivo definido en el artículo 5º del Real Decreto 861/84 (sic, en realidad 861/86) y no se ajustan a las determinaciones del artículo 93 de la Ley 7/85 LBRL, por lo que procede su anulación”.*

Más recientemente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha ratificado que estos premios de jubilación tienen naturaleza retributiva, no asistencial, y, por tanto, no son conformes a Derecho. Así, la STS de 20 de marzo de 2018 (al tratar de un premio por jubilación incluido en el Acuerdo sobre condiciones de trabajo, retribuciones y prestaciones sociales de su personal funcionario aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos) concluye que los premios de jubilación son remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las Corporaciones Locales por la legislación básica del Estado y no se dirigen a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales, aclarando que se trata de una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y que vulnera, por tanto, el ordenamiento jurídico.

En el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia se argumenta que ya antes la propia Sala 3ª declaró la ilegalidad de dichos premios de jubilación: *“... con anterioridad la misma Sección Séptima ha hecho pronunciamientos expresamente dirigidos a los premios de jubilación y ha señalado que no son conformes a Derecho. Así, la de 9 de septiembre de 2010 (casación n.º 3565/2007), con cita de las anteriores de 18 de enero de 2010 (casación n.º 4228/06) y de 12 de febrero de 2008 (casación n.º 4339/2003) ha dicho que esos premios infringen la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 781/86 y la disposición final segunda de la Ley reguladora de las bases de régimen local y no se pueden amparar en el artículo 34 de la Ley 30/1984 porque no atienden a los supuestos previstos en el precepto pues no son retribuciones contempladas en la regulación legal, ni un complemento retributivo de los definidos en el artículo 5 del Real Decreto 861/1984 (sic, en realidad 861/1986) y tampoco se ajustan a las determinaciones del artículo 93 de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local”.*

Un poco más adelante, en el mismo fundamento de derecho cuarto, la Sala desecha el carácter asistencial de esos premios de jubilación y reitera su ilegalidad en los siguientes términos:

“Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales --esto es, determinantes de una situación de desigualdad-- sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos sino común a toda la función pública, una gratificación.

Suponen, pues, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los preceptos invocados por el Gobierno de Canarias: los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986. Así, pues, el motivo debe ser estimado y la sentencia recurrida anulada”.

En la STS de 14 de marzo de 2019 se anula una recompensa de jubilación de cinco mensualidades integras incluida en el Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera para los años 2013, 2014 y 2015, pese a que había sido incluida en un capítulo titulado “acción social”. En ella se vuelve a mantener la naturaleza retributiva de dicha recompensa, cita el precedente de la STS de 20 de marzo de 2018, cuyos argumentos, relativos a la ilegalidad de esta retribución, reitera, y se

argumenta, para alcanzar la misma conclusión que en ésta:

“...aunque dicho precepto se ubica en el Capítulo IV cuya rúbrica es “acción social”, lo cierto es que de lo convenido se deduce, conforme a lo dicho por esta Sala en la sentencia antes glosada, que no compensa una circunstancia sobrevenida propia de las que se atienden acudiendo a medidas asistenciales en el sentido antes expuesto, sino que se vincula el premio o recompensa a un “hecho natural, conocido e inevitable de la relación funcional, por lo demás no específico del Ayuntamiento sino común a toda la función pública, una gratificación”.

En dicha sentencia de 2019 se desecha el criterio contrario deducido de la argumentación que se esgrimía en la ya citada STS de 20 de diciembre de 2013 (recurso de casación 7064/2010), en la que se había declarado la conformidad a Derecho de una ayuda a la jubilación anticipada acordada en el Ayuntamiento de Valencia. Y se desecha el criterio de esa sentencia de 2013 porque en ella no se hacía una consideración separada de dicha ayuda a la jubilación anticipada, sino que se analizaba junto con extremos *“como vacaciones, licencias y permisos, prestaciones sanitarias, supuestos de incapacidad, ayudas para sepelio o incineración, discapacidades, becas de orfandad, seguros, ayudas para guardia y custodia de mayores y matrículas. Es decir, esa sentencia alude a una variada gama de supuestos y razona en términos generales sobre todos ellos sin detenerse en la consideración individualizada de cada uno”.*

La misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera que la expuesta en las sentencias de 2018 y 2019 es la jurisprudencia existente en la actualidad y, de hecho, rechaza, por falta de interés casacional objetivo, recursos dirigidos a determinar la legalidad de este tipo de incentivos a la jubilación, al considerar *“que plantean una cuestión que ya goza de respuesta por parte de la jurisprudencia, no siendo necesario otro pronunciamiento por esta Sala”* (Auto de 18 febrero de 2019).

Cabe concluir, por tanto, que la naturaleza retributiva de estos incentivos o premios a la jubilación anticipada y recompensas por jubilación en el ámbito estatutario funcional es en la actualidad generalmente admitida, no sólo en la jurisprudencia contencioso-administrativa, sino también entre los órganos consultivos (Dictámenes 190 y 684/2019 y 65/2020, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana; Dictamen 228/2020 del Consejo Consultivo de Castilla y León; Dictamen 107/2020, del Consejo Consultivo de Andalucía, etc.). Cabe reseñar, no obstante, que surge alguna voz discrepante, como el Dictamen 63/2020 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco, que discute la caracterización retributiva de los incentivos a la jubilación anticipada, calificándolos como prestaciones sociales en la forma de mejoras voluntarias de la acción protectora del artículo 238 del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, añadiendo un *tertius genus* a la dicotomía recíprocamente excluyente -si no es una medida de acción social ha de ser una retribución- que utiliza la jurisprudencia y considerando que resultan viables jurídicamente tales estipulaciones convencionales.

En cualquier caso, hoy por hoy la concepción dominante y abrumadoramente mayoritaria es la que califica a los incentivos y premios de jubilación del personal funcionario de las Administraciones Públicas como retribuciones, con las consecuencias que ello conlleva en forma de límites a la negociación colectiva e ilegalidad de estos conceptos retributivos, que no son reconducibles a los que establece la normativa funcional.

QUINTA.- De la causa de nulidad invocada: el artículo 47.2 LPACAP (62.2 LPAC).

Por el Ayuntamiento consultante se pretende la revisión de oficio del artículo 31.1 del Acuerdo, al amparo de lo establecido en el artículo 106.2 LPACAP, al entender que incurre en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.2 de la misma Ley, esto es, tratarse de una disposición administrativa que vulnera la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De forma particular, estima el Ayuntamiento que dichos preceptos invaden competencias del Estado, por contemplar conceptos retributivos de funcionarios y personal laboral fijo en contra de lo señalado en los artículos 93 LBRL, 153 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) y 1.2 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local, reproduciendo la fundamentación de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018 y 14 de marzo de 2019.

La Administración considera que, de acuerdo con tales sentencias, los incentivos de jubilación tienen un carácter

retributivo y, en consecuencia, son contrarios a Derecho al no hallarse previstos en la normativa aplicable, de modo que sólo se pueden percibir como partidas retributivas las expresamente previstas en tal normativa. Y así es, en efecto, pues la normativa que se dice infringida dispone que las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública (93.1 LBRL), mientras que las complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos (art. 93.2 LBRL); y que los funcionarios de Administración local sólo serán remunerados por las Corporaciones respectivas, por los conceptos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), prohibiendo de forma expresa la percepción de remuneraciones distintas a las comprendidas en dicha Ley (art. 153.1 y 2 TRRL), reiterando estas prescripciones el artículo 1 del RD 861/1986, de 25 de abril.

Frente a ello y en atención a la inserción del precepto que se pretende revisar en el Capítulo X del Acuerdo, bajo el epígrafe “*Condiciones sociales*” cabría plantearse si la naturaleza de estos incentivos a la jubilación es la de medidas de acción social y que no son conceptos retributivos. No obstante ya se ha concluido en la Consideración Cuarta de este Dictamen que en el ámbito del estatuto funcionarial, tales previsiones sobre percepciones económicas ligadas a la jubilación anticipada de los funcionarios, como incentivos, o premios de jubilación por alcanzar la edad de jubilación forzosa, han de ser consideradas de naturaleza retributiva y someterse, en consecuencia, al régimen jurídico de las retribuciones de los funcionarios públicos de la Administración Local. Así se interpreta por la última jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a la que se suma la mayor parte de la doctrina emanada de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas que han tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de los premios e incentivos a la jubilación, con argumentos que reiteran lo señalado por el Alto Tribunal.

Pues bien, de acuerdo con las sentencias referidas y no sólo con ellas (como esas mismas sentencias recuerdan), no es posible considerar que se trate de medidas de acción social, corrigiendo la Sala de forma expresa las vacilaciones apreciables en anteriores pronunciamientos, para lo que procede incluso a hacer una crítica expresa de su Sentencia de 20 de diciembre de 2013, que había calificado a estas medidas, junto a otras, como de acción social.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, el Consejo Jurídico considera que los incentivos a la jubilación anticipada regulados en el artículo 31.1 del Acuerdo, no tienen naturaleza asistencial, pese a la ubicación sistemática de los mismos dentro del capítulo denominado “*Condiciones sociales*”. Además, como precepto que se inserta en el régimen estatutario o administrativo de los funcionarios del Ayuntamiento, ha de ser interpretado con arreglo a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que califica tales medidas como retributivas, ya que no estarían destinadas a paliar “*contingencias o infortunios sobrevenidos*” determinantes de situaciones de desigualdad, sino que parecen estar claramente vinculados, como si de una gratificación se tratara, a “*un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcionarial*”, como es el de alcanzar la edad para la jubilación.

Tampoco pueden ampararse los incentivos a la jubilación en el artículo 34 LMRFP, puesto que la indemnización contemplada en dicho precepto se refiere a la jubilación anticipada voluntaria de los “funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un Plan de Empleo”; supuestos que son distintos al recogido en el artículo 31.1 del Acuerdo.

Del mismo modo, estas medidas de incentivo a la jubilación voluntaria no se incluyen en un instrumento de planificación de los recursos humanos del Ayuntamiento consultante, al que la Disposición adicional vigesimoprimera LMRFP habilitaría para incluir estímulos a la jubilación anticipada en el contexto de una racionalización de los recursos humanos de la Corporación Local, como solución de futuro que apuntan las alegaciones del Sindicato Comisiones Obreras, pero que en la actualidad no resulta de aplicación al no existir un Plan de Ordenación de Recursos Humanos que prevea tales medidas, las cuales en cualquier caso resultarían contrarias a las actuales políticas públicas en materia de jubilación, que persiguen alargar el período de actividad laboral de los trabajadores (públicos y no públicos). Cabe remitir a nuestro Dictamen 245/2020, en el que se efectúa un *excursus* acerca de la evolución de tales políticas y de la normativa de Seguridad Social, de modo que, si en tiempos pretéritos los objetivos de política de empleo podían buscar acortar el periodo laboral incentivando la jubilación anticipada, hoy en cambio, la finalidad es la inversa y se persigue el mantenimiento en actividad de los empleados mayores, favoreciendo la prolongación de la vida activa y alargar así el periodo de cotizaciones para permitir la sostenibilidad del sistema.

En definitiva, ha de concluirse la naturaleza retributiva de los incentivos a la jubilación anticipada de los funcionarios municipales, sin que sean retribuciones o complementos retributivos contemplados en la normativa vigente citada, por lo que resulta claro que, en los términos en los que se encuentran previstos en el Acuerdo, no son conformes a Derecho, incurriendo en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.2 LPAC, norma vigente en el momento de aprobarse el Acuerdo que se revisa.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda de este Dictamen, no se han remitido al Consejo Jurídico los justificantes de haber comunicado a los interesados la petición de este Dictamen, por lo que se advierte que, de no haber puesto en conocimiento de aquéllos la consulta efectuada no se habría producido la suspensión del cómputo del plazo de resolución del procedimiento de revisión, que caduca el 11 de diciembre de 2021. De haberse producido dicha caducidad, procedería declararlo así, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de revisión dada la persistencia de las causas de nulidad invocadas.

SEGUNDA.- Los incentivos a la jubilación anticipada previstos en el artículo 31.1 del “Acuerdo Marco aplicable al Personal Funcionario del Ayuntamiento de Abarán”, publicado en el BORM núm. 241, de 19 de octubre de 2009, son contrarios a los artículos 93 LBRL, 153 TRRL y 1 RD 861/1986, de 25 de abril, por lo que procede declarar su nulidad, al incurrir en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.2 LPAC, vigente en el momento de aprobarse la disposición administrativa cuya nulidad se pretende.

No obstante, V.S. resolverá.

