Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **237/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, mediante oficio registrado el día 16 de agosto de 2022 (Reg. 202200261686), sobre revisión de oficio del artículo 30.6 Ayudas por jubilación anticipada del Acuerdo Mixto de Condiciones de Trabajo del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar (exp. 2022_262), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por Resolución de 22 de mayo de 2015, de la Dirección General de Trabajo, se dispone la inscripción en el registro y publicación del "Acuerdo Mixto Personal Laboral y Funcionario del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar" (BORM núm. 132, de 11 de junio de 2015), de aplicación a todo el personal funcionario, laboral, fijo y laboral temporal, al servicio del Ayuntamiento (artículo 1).

Su artículo 30.6, bajo el epígrafe general del artículo "Prestaciones económicas y sociales" y particular del apartado "Ayuda por jubilación anticipada" dispone:

"*Los empleados públicos afectados por este Acuerdo, que accedan a la situación de jubilación voluntaria y reúna* (sic) *los requisitos exigidos para ello, recibirá* (sic) *las siguientes cantidades, siempre que tenga* (sic) *al menos 10 años trabajados en este Ayuntamiento*

Jubilación más de cinco años antes a edad reglamentaria: 15.000 €

Jubilación más de cuatro años antes a edad reglamentarias: 10.000 €

Jubilación más de tres años antes a edad reglamentaria: 6.500 €

Jubilación más de dos años antes a edad reglamentaria: 5.000,00 € (según nueva legislación)

Jubilación más de un año antes a edad reglamentaria: 3.500,00 € (según nueva legislación)

Se establece una ayuda de 2.500 € en el momento de la jubilación por la edad reglamentaria".

SEGUNDO.- Con fecha 5 de mayo de 2022, una Técnico de Administración General del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar evacua informe que concluye en la procedencia de incoar procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del artículo 30.6 del referido Acuerdo Marco, con suspensión del mismo, al considerar que vulnera las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, y que regula materias reservadas a la Ley. A tal efecto, razona que las gratificaciones por jubilación que allí se contienen constituyen auténticas retribuciones que, sin embargo, no se encuentran recogidas en las normas legales reguladoras de la estructura retributiva del personal de las Corporaciones Locales y que vendría diseñada por el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), el artículo 153 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decret o Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), y los artículos 22, 23 y 24 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP). En la medida en que tales preceptos legales no contemplan la posibilidad de establecer gratificaciones por jubilación, las previstas en el Acuerdo Marco objeto de consideración vulneran aquellas previsiones legales, constituyendo así la causa de nulidad contemplada en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

En apoyo de estas consideraciones jurídicas cita abundante jurisprudencia que confirma la naturaleza retributiva de las indicadas gratificaciones y la imposibilidad de su fijación por las Corporaciones Locales atendida su falta de cobertura legal.

Señala, asimismo, el informe que procede conferir el trámite de audiencia a los interesados, remitir el expediente a los servicios municipales y a la Secretaría para la emisión del informe-propuesta, suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento con ocasión de la solicitud del Dictamen al Consejo de Estado y elevarlo, una vez recibido, a la Junta de Gobierno Local.

El informe es suscrito de conformidad por el Secretario General de la Corporación.

TERCERO.- Con fundamento en el indicado informe, el 3 de junio de 2022 la Junta de Gobierno Local por delegación del Pleno acordó incoar el procedimiento de revisión de oficio del artículo 30.6 del Acuerdo Mixto para personal laboral y funcionario del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar, así como el resto de determinaciones sobre procedimiento y suspensión indicadas como procedentes en el referido informe de 5 de mayo de 2022.

CUARTO.- Consta en el expediente que el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio se notifica a cinco personas físicas, una de las cuales presenta, en su calidad de Delegado de la Sección Sindical de la Unión General de Trabajadores (UGT), alegaciones para oponerse a dicha revisión y que fundamenta en que el procedimiento de revisión de oficio no es el adecuado sino que en todo caso procedería el de declaración de lesividad, y ello sin perjuicio de sostener la legalidad de las gratificaciones por jubilación.

Asimismo, afirma que, en todo caso, operarían los límites a la revisión de oficio establecidos en el artículo 110 LPACAP, lo que impide declarar la nulidad de un acuerdo que se ha venido aplicando de forma pacífica durante

años. Del mismo modo, alega que declarar la nulidad del precepto incurriría en "*irretroactividad ilícita y en vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima*" respecto de aquellos funcionarios que ya habían solicitado la gratificación y respecto de quienes el derecho ya había nacido.

QUINTO.- Las indicadas alegaciones son objeto de un nuevo informe de fecha 15 de julio de 2022, evacuado por una Técnico de Administración General y con la conformidad de la Secretaria accidental, que sirve de fundamento jurídico de la resolución de la Junta de Gobierno Local de 4 de agosto de 2022, adoptada por delegación del Pleno y con el visto bueno de la Alcaldesa, que desestima dichas alegaciones y acuerda solicitar este dictamen con suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de revisión de oficio entre la petición y la recepción de aquél.

No consta que dicha resolución haya sido notificada a todos aquellos a quienes se notificó la incoación del procedimiento de revisión.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen firmada por la Alcaldesa el 12 de agosto y recibida en el Consejo Jurídico el pasado 16 de agosto de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

El artículo 53 LBRL, señala: *"Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*", remisión que, dada la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio, que data del 3 de junio de 2022, ha de entenderse realizada a los artículos 106 y siguientes LPACAP, en relación con el artículo 47 de la misma Ley, que establece las causas de nulidad.

SEGUNDA.- El procedimiento de revisión de oficio.

I. De conformidad con el expediente, se pretende declarar la nulidad del artículo 30.6 del Acuerdo Mixto, al

considerar que fija 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 LPACAP.

En relación con el procedimiento de revisión de oficio, este Consejo Jurídico ha señalado reiteradamente que, como mínimo, debe estar integrado por el acuerdo de iniciación, los informes pertinentes, la práctica de la prueba si así se propone, la audiencia a los interesados y la propuesta de resolución que se somete a Dictamen de este Órgano Consultivo.

En su aplicación al caso, consta en el expediente remitido el acuerdo de iniciación, los informes de una Técnica de Administración General con la conformidad del Secretario General del Ayuntamiento, lo que permite entender cumplida la exigencia establecida por el artículo 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Del mismo modo, se ha notificado la iniciación del procedimiento de revisión de oficio a diversos interesados. Se han presentado alegaciones por uno de ellos que han sido expresamente desestimadas por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado por delegación del Pleno.

A la vista de lo actuado, procede hacer las siguientes observaciones:

a) En relación con el trámite de audiencia ha de advertirse que ha tenido por destinatarios a cinco personas físicas, una de las cuales presentó alegaciones en su calidad de representante de una organización sindical. Cabe considerar que los restantes destinatarios de la notificación son también representantes sindicales, mas no hay constancia en el expediente de que sea esa la calidad en la que se les confiere el trámite participativo, por lo que cabe reiterar lo ya señalado por este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre procedimientos de revisión de oficio de acuerdos de condiciones de trabajo de empleados públicos, por todos, el 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 cali dad de interesadas*".

En consecuencia, no puede considerarse que se haya dado audiencia a los interesados en el procedimiento.

No parece necesario insistir en que habrá que considerar como interesados a las organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, los sindicatos, que aparecen en atención al objeto del procedimiento como titulares de intereses legítimos colectivos (art. 4.2 LPACAP).

Baste ahora con señalar que, tratándose de la nulidad de un precepto de la norma reguladora de las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados públicos de la Corporación y siendo aquélla, además, fruto de la negociación colectiva, resulta evidente el interés legítimo de las organizaciones sindicales en el objeto del procedimiento, que pretende privar al conjunto de los empleados públicos de la Corporación de un beneficio reconocido por la norma paccionada, lo que engarza de forma clara con la función que la Constitución y las leyes otorgan a los sindicatos de defender los intereses de los trabajadores, en relación con un interés profesional o económico; "*interés que ha de entenderse referido en todo caso a 'un interés en sentido propio, cualificado o específico' (STC 97/1991, FJ 2, con cita de la STC 257/1988). Interés que, doctrinal y jurisprudencialmente, viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio*" (STC 89/2020).

Entiende el Consejo Jurídico que una recta interpretación del principio contradictorio orientada a su mayor efectividad y que inspira una norma como la del artículo 8 LPACAP -en relación con la llamada al procedimiento a aquellos titulares de intereses legítimos que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte- aconseja que se comunique de forma individual la tramitación del procedimiento a las organizaciones sindicales.

Como ya se ha dicho, no consta acreditado en el expediente que dicha notificación se haya realizado en el curso del procedimiento de revisión. Procede, en consecuencia, conferir el preceptivo trámite de audiencia a los representantes sindicales de los trabajadores, sin perjuicio de señalar que si, como parece, ya se hubiera llevado a cabo dicho trámite y la omisión fuera únicamente de identificación de los interesados notificados como representantes sindicales, bastaría con incorporar al expediente una certificación de dicha circunstancia.

b) En segundo lugar, no consta en el expediente una verdadera propuesta de resolución, pues el informe técnico y la posterior resolución de la Junta de Gobierno Local de 4 de agosto, que se dicta en el momento procedimental en el que habría de formularse la propuesta de resolución del procedimiento al Pleno, se limita a desestimar las alegaciones presentadas por una de las organizaciones sindicales interesadas, a señalar la procedencia de solicitar este Dictamen y a suspender el cómputo del plazo del procedimiento revisorio, pero no contiene lo elementos esenciales de una propuesta de resolución de dicho procedimiento.

Hemos señalado en anteriores Dictámenes la relevancia de la propuesta de resolución, como trámite necesario (art. 88.7 LPACAP) y que en los asuntos que se someten a la consideración de este Consejo Jurídico, viene a constituir el verdadero objeto de la consulta. En efecto, dicha propuesta pone fin a la instrucción del procedimiento, tras considerar todas las cuestiones derivadas del mismo, incluida la valoración de las alegaciones formuladas por los interesados (art. 76.1 LPACAP), y ha de anteceder de forma inmediata a la consulta. En la medida en que culmina la instrucción del procedimiento y propone al órgano competente para resolver cuál será el sentido de la decisión administrativa que se plasme en la resolución, la propuesta delimita los contornos de la actuación administrativa, de modo que en los procedimientos de revisión de oficio, ha de identificar con precisión el acto o disposición cuya nulidad se pretende, ha de especificar la causa o causas de nulidad que se invocan, y ha de concretar los términos del debate jurídico que llevan al órgano o unidad proponente a formular al órgano decisor su propuesta anulatoria.

Sin embargo, en el supuesto sometido a consulta, el informe de Secretaría de 15 de julio de 2022 no llega a proponer formalmente al Pleno la revisión de oficio del artículo 30.6 del Acuerdo Mixto, sino que se limita a concluir que procede desestimar las alegaciones formuladas, efectuar la consulta al Consejo Jurídico y suspender el cómputo del plazo, constituyendo en realidad la propuesta de resolución de la que dictará el 4 de agosto la Junta de Gobierno Local.

En consecuencia, la instrucción del procedimiento no se ha completado adecuadamente con la remisión de la propuesta sobre la que debe pronunciarse el Consejo Jurídico. Así lo establece el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ), al disponer que el expediente se considerará completo cuando conste *"1.º Copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto, o proyecto de disposición de carácter general, que constituya su objeto"*.

No obstante, puede inferirse de los diversos actos e informes que integran el procedimiento revisor (singularmente los dos informes de Secretaría) los elementos que habrían de especificarse en la propuesta de resolución

(disposición y precepto concreto objeto de revisión, causa de nulidad invocada y argumentación jurídica que da soporte a la pretensión anulatoria), por lo que este Consejo Jurídico procede a entrar en el fondo del asunto, sin perjuicio de advertir a la Corporación consultante acerca de la omisión de dicha propuesta formal.

II. Una vez incoado el procedimiento revisor por acuerdo de 3 de junio de 2022, ha de atenderse a lo establecido en el artículo 106.5 LPACAP, en cuya virtud el transcurso de seis meses sin que se haya dictado resolución producirá la caducidad del procedimiento.

Se considera oportuno recordar a la Corporación consultante que con ocasión de la formulación de la consulta a este Órgano Consultivo, puede acordarse la suspensión del cómputo del plazo legalmente establecido para su resolución ex artículo 22.1, letra d) LPACAP, lo que habría de ser tenido en cuenta para evitar incurrir en caducidad (art. 106.5 LPACAP), dado que una vez reciba este Dictamen ya habrán transcurrido en torno a las dos terceras partes del plazo de seis meses establecido legalmente como máximo de duración de este tipo de procedimientos.

Ha de advertirse que, aun cuando se ha acordado expresamente la suspensión del cómputo del plazo (resolución de la Junta de Gobierno Local, por delegación del Pleno, de 4 de agosto de 2022), no consta que se haya comunicado dicha resolución a todos los interesados en el procedimiento, dado que únicamente se prevé su notificación a aquél que presentó alegaciones (y, en cualquier caso, no consta en el expediente que se hiciera efectiva), pero no al resto de las organizaciones sindicales. Tal falta de comunicación determina que no se produzca el pretendido efecto suspensivo del cómputo del plazo, en la medida en que dicha comunicación a los interesados constituye una condición para la eficacia de la suspensión acordada. Y es que, para detener el cómputo del plazo, la Administración consultante no sólo ha de adoptar un acuerdo expreso en tal sentido, en el momento de solicitar el Dictamen, sino también 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.

En la medida que no consta que se haya comunicado a los interesados la resolución suspensiva del plazo, éste ha seguido transcurriendo desde que se formuló la consulta, lo que habrá de ser tenido en cuenta por la Corporación consultante en orden a evitar incurrir en caducidad.

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 LBRL, según se ha señalado por este Órgano Consultivo, entre otros, en los Dictámenes núm. 98 y 168 del año 2006 y 268/2020. En igual sentido el Consejo de Estado (Dictamen 613/2010), los Consejos Consultivos de Andalucía (Dictamen 722/2014) y de Canarias (Dictamen 102/2014), así como la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco (Dictamen 196/2010) y el Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen 25/2012).

TERCERA.- De la disposición objeto de revisión.

Según se desprende del expediente, la Corporación Local consultante pretende declarar la nulidad del artículo 30.6 del Acuerdo mixto para personal funcionario y personal laboral, que en un único *corpus* normativo integra la

regulación paccionada de las condiciones de trabajo para todo el personal del Ayuntamiento. El precepto se ubica en el Capítulo VI "*Prestaciones sociales*".

Su tenor literal es el que se reproduce en el Antecedente primero de este Dictamen, estableciendo determinados incentivos económicos a la jubilación anticipada del personal, así como una medida que cabe calificar como "premio de jubilación" que consiste en conceder una determinada cantidad a aquel empleado público que alcanza la edad legal de jubilación.

Como ya se ha señalado, el artículo 1 del Acuerdo dispone que es de aplicación a todo el personal funcionario, laboral, fijo y laboral temporal, al servicio del Ayuntamiento.

En consecuencia, el objeto de la revisión es un precepto de un acuerdo mixto de condiciones de trabajo que extiende su aplicación al personal funcionario y laboral del Ayuntamiento consultante. 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 A dministración actúa en calidad de empleadora y, mediante la negociación con la parte social, se acuerda un texto regulador de condiciones de trabajo que adquiere, ex lege, el valor de fuente normativa de la relación de trabajo entre los empleados públicos y la Administración y al que no pueden alcanzar las potestades revisoras de la Administración, que quedan limitadas a los actos y disposiciones administrativas*".

Por el contrario, sí admitíamos en el referido Dictamen la vía de la revisión de oficio como forma de declarar la nulidad de un acuerdo que sólo afecte a personal sometido a régimen estatutario funcionarial e, incluso, cuando se trata de acuerdos mixtos o comunes a personal funcionario y laboral, como es el del supuesto ahora sometido a consulta, si bien con las modulaciones y precisiones que allí se señalaban.

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

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

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

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 resulta 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.

En relación con los acuerdos comunes al personal funcionario y laboral, ha de partirse de considerar que conforme a lo dispuesto en el artículo 38.8 TREBEP, los pactos y acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en dicho artículo 38 para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, dotando así a tales acuerdos comunes de una naturaleza jurídica dual, como disposición a un tiempo administrativa y laboral.

De conformidad con lo expuesto *supra*, ello determinaría que el Acuerdo, en lo que se refiere a los funcionarios, sí podría llegar a ser objeto de una revisión de oficio, que sin embargo, no podría alcanzar al personal laboral, lo que sería susceptible de producir situaciones paradójicas y contrarias a la voluntad de lo negociado de ofrecer un tratamiento común a todos los empleados públicos, pues la declaración de nulidad del Acuerdo común, en tanto que acuerdo regulador de los funcionarios, no comportaría su nulidad en cuanto convenio colectivo, de modo que la norma inicialmente prevista para todos los empleados sólo se aplicaría al colectivo de personal laboral y no al funcionario. Esta situación se advirtió en el supuesto objeto de nuestro Dictamen 245/2020.

Señalábamos en dicho Dictamen que en orden a evitar esta situación podía ser de utilidad atender a la STS de 1 de septiembre de 2004 (rec. núm. 3929/1999), que tras recordar la doctrina establecida por el Auto de la Sala de Conflictos de 22 de marzo de 1999 -en cuya virtud, corresponde a la jurisdicción social conocer de las impugnaciones de convenios colectivos por razón de los incrementos salariales en ellos previstos superiores a los límites legalmente establecidos-, pasa a justificar la competencia de la jurisdicción contenciosa para el conocimiento de las impugnaciones sobre estos Acuerdos comunes o mixtos, en los siguientes términos:

"*...en el presente caso concurren unas circunstancias que justifican una solución distinta. En efecto, el Ayuntamiento de Soria por el acuerdo de 23 de diciembre de 1996, que está en el origen del proceso, aprobó dos cosas: el acuerdo para los funcionarios y el convenio colectivo para el personal laboral, y en los dos introdujo los incrementos retributivos que motivaron el recurso Contencioso-Administrativo. Es decir, dotó a su actuación de una unidad que ha de mantenerse en la vía judicial pues, de otro modo, podría llegarse, a partir de un mismo acto administrativo -el acuerdo del Pleno municipal de la fecha indicada- a consecuencias distintas y aun contradictorias, como serían las que se producirían de mantenerse el criterio expresado por la Sentencia de instancia para los funcionarios y no resolverse sobre el personal laboral o remitirse al respecto a una decisión futura que bien podría ser contraria a la anterior.*

Son, seguramente, consideraciones de este sentido, además de las que pueden relacionarse con el propósito de no dividir la continencia de la causa, así como con la más adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, las que a juicio de la Sala exigen la extensión de sus pronunciamientos también respecto del convenio colectivo cuando, como aquí sucede, ha sido aprobado, conjuntamente con el acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios, por un mismo acto municipal y se les reprocha a ambos el mismo vicio: la superación de los límites legales que los entes locales han de observar en materia de incrementos retributivos de su personal. Así lo hicimos en la Sentencia de 17 de febrero de 2004 (casación 8130/1998)".

En cualquier caso, en la actualidad, el artículo 3, letra e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, dispone que los órganos jurisdiccionales de este orden no conocerán "De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral".

Si bien en el ámbito jurisdiccional queda claro que el conocimiento de los asuntos litigiosos referidos a los pactos y acuerdos comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas se residencia en la jurisdicción contenciosa, procede plantearse si un Acuerdo de estas características puede ser declarado nulo por un acto de esa misma Administración, extendiendo los efectos de dicha declaración no sólo a los funcionarios sino también a los laborales. Así parece apuntarlo el Consejo de Estado en el Dictamen 2812/2004, sobre la revisión de oficio del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Castro Urdiales que aprueba el Convenio para el año 1997, 1998 y 1999, sobre funcionarios de carrera, interinos, contratados laborales y temporales, si bien se limita a señalar que dicho acuerdo es impugnable ante la jurisdicción contenciosa, lo que es acorde con la doctrina jurisprudencial expuesta y hoy ya también con la regulación positiva del conocimiento que co rresponde a cada jurisdicción.

Entiende el Consejo Jurídico que, como ya señalamos en nuestro Dictamen 192/2020, la vía más respetuosa con el carácter negociado de la disposición cuya declaración de nulidad se pretende pasaría por situar el objeto de la revisión no tanto en el Acuerdo-Convenio, sino en el acto administrativo que lo aprueba, sobre la base de considerar que dicho acto incurre en ilegalidad al sancionar un acuerdo contrario al Ordenamiento jurídico. Cabe en fin, reiterar aquí, y con más intensidad si cabe dada la afectación de normas materialmente laborales, la indicación que se realizaba *supra* en el sentido de canalizar, si el tiempo transcurrido lo permite ex artículo 107.2 LPACAP, la privación de efectos de los preceptos que se consideran ilegales de las normas paccionadas a través de la declaración de lesividad del acto aprobatorio de estas últimas y su ulterior sometimiento a la jurisdicción contenciosa, vía más respetuosa con el carácter negocia do y bilateral del acuerdo, que podría verse 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.

Ahora bien, puede ocurrir que, en la medida en que personal funcionario y laboral de una misma Administración se rigen por ramas del ordenamiento diferentes y en ocasiones no coincidentes en sus prescripciones, un determinado precepto de un Acuerdo común o mixto pueda resultar contrario al régimen legal aplicable a uno de tales colectivos, pero sea admisible y válido en el otro. En tales supuestos, si un precepto del Acuerdo es contrario al régimen estatutario de los funcionarios públicos, pero tiene encaje en el ordenamiento laboral, cabría declarar la nulidad del precepto únicamente en su faceta de norma inserta en el estatuto funcionarial, sin que la declaración de invalidez se extienda a la norma social, que mantendría su vigencia únicamente para el personal laboral.

Y esto es lo que ocurre, a juicio de este Consejo Jurídico, en el supuesto sometido a consulta, como se razona a continuación.

CUARTA.- De la naturaleza de los llamados “premios de jubilación” e incentivos a la jubilación anticipada, en la jurisprudencia contenciosa y social.

I. Los incentivos a la jubilación voluntaria o anticipada de los funcionarios públicos en la jurisprudencia.

El Dictamen 228/2020, del Consejo Consultivo de Castilla y León, 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; e igualmente está 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, 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 [LMRFP], al que remite el art. 153 del R.D. Legislativo 781/1986, respecto de las remuneraciones a percibir por los funcionarios Locales; o son -disposició n adicional 5ª- un modo de participación funcionarial 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 e incentivos 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 con anterioridad 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 86 1/1984 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 funcionarial 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 funcionarial, 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 íntegras 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 funcionarial, 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 guardería 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).

En el mismo sentido, las SSTS, Sala de lo Contencioso, número 344/2022, de 16 de marzo, y 421/2022, de 5 abril, reiteran la doctrina jurisprudencial expuesta calificando como retribuciones los incentivos a la jubilación anticipada, señalando la falta de cobertura legal de dichas previsiones contenidas en acuerdos de condiciones de trabajo de los empleados públicos de las corporaciones locales. De forma sintética, el razonamiento de las sentencias se apoya en los anteriores pronunciamientos de la Sala para ratificarse en su doctrina:

"Es criterio jurisprudencial claramente establecido que las gratificaciones -cualquiera que sea su denominación en cada caso- por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local. Dado que en los casos resueltos hasta la fecha no se había identificado ninguna norma de cobertura, la conclusión fue que dichos acuerdos de las entidades locales eran inválidos. Véanse a este respecto, entre otras, nuestras sentencias nº 2747/2015, nº 2717/2016, nº 459/2018 y nº 1183/2021.

A este mismo criterio debe ahora estarse, pues en este caso no se aprecia ninguna diferencia relevante. En este orden de consideraciones, debe señalarse que la arriba mencionada disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984, aun previendo medidas de incentivación de la jubilación anticipada, no hizo una regulación precisa para el supuesto de que dichas medidas tuvieran carácter retributivo y, por ello, no satisface la exigencia de que las gratificaciones por jubilación anticipada tengan cobertura en una norma legal de alcance general".

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 funcionarial 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 funcionarial.

II. Los incentivos a la jubilación voluntaria del personal laboral.

Como ya ha quedado expuesto con anterioridad, el Acuerdo cuya nulidad parcial se pretende declarar también afecta al personal laboral del Ayuntamiento, siendo así que en el ámbito del Derecho del Trabajo los incentivos a la jubilación anticipada tienen una caracterización no retributiva y, en consecuencia, diferente a la indicada para los funcionarios.

En efecto, la jurisprudencia social admite que las indemnizaciones por jubilación, en la línea apuntada por la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco, constituyen prestaciones sociales, como mejoras de la acción protectora del régimen general de la seguridad social. Así, la STS (Sala de lo Social), 632/2019, de 13 de septiembre, al analizar dichas indemnizaciones existentes en el convenio colectivo de una sociedad mercantil del sector público y tras afirmar de forma contundente que “es indudable que el concepto “indemnización por cese” no se encuentra comprendido dentro de las condiciones retributivas” (FJ 7º), las categoriza como sigue:

“La naturaleza de la indemnización litigiosa es la de una mejora de la Seguridad Social por los siguientes motivos:

Primero: Se concede en el momento en el que el trabajador cesa en el trabajo porque accede a la jubilación y también en los supuestos de jubilación parcial, es decir, su concesión no es una contraprestación a los servicios laborales del trabajador sino que es un incentivo para que los trabajadores accedan a la jubilación.

Segundo: su concesión no está supeditada a la prestación laboral de un determinado número de años a la empresa, sino que el único requisito es acceder a la jubilación, sea ordinaria, sea parcial.

Tercero: Su importe no se fija en función del salario que viniera percibiendo el trabajador, sino que el módulo para calcularlo se establece en una cuantía igual para todos los trabajadores, que se fija en función de la edad a la que el trabajador accede a la jubilación, de tal manera que cuanto más temprana es la edad de acceso a la jubilación, mayor es el módulo para fijar la indemnización.

Cuarto: La indemnización por jubilación parcial se completa cuando el trabajador accede a la jubilación ordinaria, momento en el que se tiene en cuenta lo que le corresponde por esta jubilación y se descuenta lo ya percibido por jubilación parcial.

Quinto: No tiene naturaleza de acción social ya que, tal y como aparece definido dicho concepto en el artículo 18, cuatro del Convenio Colectivo, son beneficios, complementos o mejoras distintos a las contraprestaciones por el trabajo realizado cuya finalidad es satisfacer determinadas necesidades consecuencia de circunstancias personales de los trabajadores y la indemnización por jubilación o, en su caso, jubilación parcial, no satisface ninguna necesidad consecuencia de situaciones especiales de los trabajadores, sino que es una suerte de incentivo o complemento a la jubilación".

De conformidad con la jurisprudencia social, en consecuencia, las indemnizaciones por jubilación anticipada no son retribuciones ni medidas de acción social, sino prestaciones sociales en forma de mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social.

QUINTA.- De la causa de nulidad invocada y su alcance.

I. Según se desprende de lo indicado en la Consideración cuarta de este Dictamen, existe una doble categorización de las indemnizaciones por jubilación, según el ámbito en el que se apliquen. Para la jurisprudencia contenciosa son retribuciones, sometidas en consecuencia a los estrictos conceptos retributivos establecidos de forma taxativa por la normativa reguladora del estatuto funcionarial y que no pueden ser superados ni desconocidos por la vía de la negociación colectiva, so pena de ilegalidad.

Para la jurisprudencia social, por el contrario, no son retribuciones, sino medidas de protección social en forma de mejoras de la acción protectora del régimen general de la seguridad social, que pueden ser fruto de la negociación y que los convenios colectivos pueden reconocer válidamente.

Ya indicamos en la Consideración tercera que las vías de reacción frente a la posible ilegalidad de un acuerdo de condiciones de trabajo, al margen de la que cabría entender como la actuación ordinaria o general, es decir, la sustitución del mismo mediante la oportuna negociación colectiva de un nuevo acuerdo y su ulterior aprobación por el órgano competente, consistían en dejar sin efecto el precepto afectado de ilegalidad, bien mediante la revisión de oficio del mismo, atendida su condición de disposición administrativa de carácter general, bien atacando el acto administrativo de aprobación expresa y formal del acuerdo nacido de la negociación, vía ésta que entendíamos más respetuosa con el carácter pactado o negociado de la disposición controvertida, máxime si se pretendía dejar sin efecto el Acuerdo no sólo para el personal funcionario sino también en su dimensión de norma de convenio colectivo del personal laboral, por entender que la causa de nulida d afecta a ambas dimensiones (administrativa y laboral) de la norma.

II. Por el Ayuntamiento consultante se opta por la revisión de oficio del artículo 30.6 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 vulnere la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior y por regular materias reservadas a la Ley. De forma particular, estima el Ayuntamiento que el precepto cuya nulidad se pretende declarar invade competencias del Estado, por contemplar conceptos retributivos de funcionarios y personal laboral fijo en contra de lo señalado en

los artículos 93 LBRL y 153 TRRL, a lo que cabría añadir la referencia al artículo 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 Contencios o-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018, 14 de marzo de 2019 y 16 de marzo de 2022.

La Administración considera que, de acuerdo con tales sentencias, los premios e incentivos de jubilación tienen un carácter retributivo y que, 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 atendrán, 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 pa ra 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.

Además, 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 y los premios de jubilación regulados en el artículo 30.6 del Acuerdo, no tienen naturaleza asistencial, pese a la ubicación sistemática del precepto dentro del capítulo “Prestaciones 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 jubilaci ón forzosa o voluntaria.

Tampoco pueden ampararse estos incentivos 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 a los recogidos en el artículo 30.6 del Acuerdo.

Del mismo modo, estas medidas de incentivo o premio a la jubilación voluntaria no se incluyen en un instrumento de planificación de los recursos humanos, 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.

En definitiva, ha de concluirse la naturaleza retributiva de estos premios e incentivos de 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 y en la medida en que su aplicación se hace extensiva a los funcionarios del Ayuntamiento, no son conformes a Derecho, incurriendo en la causa de nulidad prevista en el artículo 47.2 LPACAP.

III. Por el contrario, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no califica como retribuciones a los incentivos a la jubilación, sino que los considera como mejoras de la acción protectora de la seguridad social, materia que puede ser objeto de negociación colectiva y que no estaría sometida a los estrechos límites que impone la normativa de retribuciones propia del personal funcionario de las Corporaciones Locales.

La doble naturaleza que de conformidad con el artículo 38.8 TREBEP corresponde a la disposición objeto de revisión, podría suponer un límite al alcance de la potestad revisora del Ayuntamiento consultante. Y es que se trata, al mismo tiempo, de una norma reguladora del estatuto de los funcionarios municipales y que, en consecuencia, se inserta de forma natural en el ámbito del Derecho Administrativo, cuya interpretación e integración ha de hacerse conforme a la doctrina emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; pero, también es un convenio colectivo para el personal laboral de la Corporación, lo que podría llevar a pensar que en sentido material se trata de una norma de Derecho del Trabajo y que, en consecuencia, habría de ser interpretada conforme a la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, lo que podría llevar a una declaración de nulidad del precepto objeto de revisión sólo para los funcionarios, perviviend o su eficacia para el personal laboral.

Ahora bien, ello daría lugar a una diferencia de trato difícilmente justificable, porque tanto funcionarios como personal laboral sirven al mismo Ayuntamiento y cuentan con la misma protección en caso de jubilación al pertenecer todos ellos al régimen general de la Seguridad Social.

Cabe, además, recordar las consideraciones que efectúa la ya citada STS, Sala de lo Contencioso, de 20 de diciembre de 2013, acerca de la dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración, cuando afirma:

“La primera es que la existencia entre los empleados públicos de dos diferentes regímenes de vinculación profesional, el funcionarial y el laboral, responde a la conveniencia de ofrecer a las Administraciones opciones o alternativas distintas para adecuarlas a las específicas necesidades que demande su mejor funcionamiento.

La segunda es la necesidad de subrayar que esas dos alternativas tienen un amplio espacio de diferenciación, pero también un límite, como es el de procurar que lo que son postulados constitucionales comunes a todos los empleados por cuenta ajena se traduzcan en la existencia de materias que estén regidas por una regulación lo más homogénea posible. Así ocurre con la acción sindical inherente al derecho fundamental de libertad sindical (artículo 28.1 CE) y con la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE); y una muestra de esta homogeneización a nivel legislativo es el artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que declara su aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario, del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas.

La tercera es la necesidad de destacar que la negociación colectiva en el ámbito de la función pública, aunque no tenga la misma significación y alcance que el que le corresponde en el ámbito laboral, es una expresión de la

acción sindical y, por ello, está directamente relacionada con el derecho fundamental de libertad sindical.

Y la cuarta es la conveniencia de resaltar que, en lo que sean regulaciones sobre materias similares ligadas a postulados constitucionales, las diferenciaciones entre una y otra clase de empleados públicos deberán ser interpretadas restrictivamente".

Ya hemos señalado, además, cómo la jurisdicción social no es competente para conocer de este tipo de Acuerdos de condiciones de trabajo comunes a funcionarios y personal laboral, por decisión del legislador plasmada en el ya citado artículo 3, letra e) LRJS, en cuya virtud, los órganos jurisdiccionales del orden social no conocerán de los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo a lo previsto en el EBEP, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, "ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral". En interpretación de este precepto, la STS, Social, Secc. 1ª, de 5 de junio de 2013, afirma que "es palmaria la intención del Legislador de excluir, con carácter general, las controversias que pudieran suscitarse entre las Administraciones Públicas y el personal estatutario o funcionario que preste sus servicios en las mismas, sobre las condiciones de trabajo deri vadas de los pactos o acuerdos que pudieran concertar, de atribuir su conocimiento al orden social de la Jurisdicción, exclusión que afecta incluso al personal laboral de dichas Administraciones, cuando se halle dentro del ámbito de aplicación de los mencionados pactos o acuerdos".

Siendo ello así, la jurisprudencia que ha de aplicarse para la integración e interpretación del Acuerdo en cuestión no sería la emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pues el conocimiento de las eventuales impugnaciones que pudieran dirigirse frente a aquél quedarían extramuros de la jurisdicción social, sino la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que como se ha dicho considera que los incentivos a la jubilación voluntaria anticipada tienen carácter retributivo.

Ahora bien, la argumentación de la nulidad efectuada por el Ayuntamiento consultante se refiere en todo caso al personal funcionario, toda vez que se considera que la previsión de los incentivos del artículo 30.6 del Acuerdo es contraria a la normativa específica de las retribuciones funcionariales, contenida en los artículos 93 TBRL, 153 TRRL y 1 RD 861/86, en la medida en que las percepciones económicas derivadas de la jubilación anticipada no tendrían encaje en ninguno de los conceptos previstos por dicha normativa estatal.

De conformidad con dicha jurisprudencia, entonces, la nulidad predicable del artículo 30.6 del Acuerdo cuando se refiere a los funcionarios no sería extensible al personal laboral, toda vez que no se advierte contradicción entre la previsión de la norma convencional controvertida y la regulación esgrimida por el Ayuntamiento, dado que todos los preceptos que se dicen infringidos de la LBRL (art. 93); TRRL (art. 153) y RD 861/1986, de 25 de abril (art. 1.2), son normas específicamente reguladoras de las retribuciones de los funcionarios, no del personal laboral de las Corporaciones Locales, al que no resultan de aplicación tales preceptos estatales.

En efecto, de conformidad con el artículo 27 TREBEP, las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso las limitaciones que la normativa presupuestaria imponga cada año a los incrementos retributivos y de la masa salarial del personal laboral. Es decir, la estructura salarial del personal laboral no se encuentra tan constreñida en cuanto a los conceptos retributivos como la que es propia de los funcionarios, teniendo aquélla un margen de negociación colectiva de la que ésta carece. De modo que la calificación jurisprudencial como "medida retributiva" de las indemnizaciones por jubilación, aunque se haga extensiva al personal laboral al servicio de la Corporación Local, además de no contravenir las normas reguladoras de las retribuciones funcionariales, tampoco

se advierte que lo haga con la legislación laboral, toda vez que est án previstas en el convenio colectivo aplicable, que es precisamente el instrumento al que aquella legislación remite para la determinación de las retribuciones de este tipo de personal, y ello aun cuando no se las categorice en dicho acuerdo como conceptos retributivos, sino como medidas sociales.

Ahora bien, que no se aprecie la causa de nulidad invocada por el Ayuntamiento consultante no significa que la previsión de tales incentivos para el personal laboral haya de permanecer en el ordenamiento jurídico, conforme a los siguientes razonamientos:

a) En primer lugar porque la inclusión de tales percepciones económicas en el Acuerdo y la calificación que las mismas merecen a la luz de la jurisprudencia podría vulnerar las limitaciones que al incremento de las retribuciones del personal del sector público se contienen en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (en particular, para el año 2015, año de aprobación del Acuerdo, art. 20.2 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre), límites que así mismo se aplicarían a la masa salarial del personal laboral, conforme al apartado 4 del mismo precepto legal, masa salarial en la que sí se integrarían las retribuciones (no así las mejoras de la acción protectora de la seguridad social). No obstante, el expediente remitido no contiene datos como para entender que el Acuerdo, en su aplicación al personal laboral, incurre en los indicados incumplimientos de la Ley de Presupuestos, por lo que el Consejo Jurídico no puede pronunciarse al respecto.

b) En segundo lugar, atendiendo a las consideraciones que abogan por la homogeneidad de condiciones de trabajo de todos los empleados públicos con independencia del régimen jurídico a que se someten y que ya hemos expuesto supra.

A tal efecto, entiende el Consejo Jurídico que sin perjuicio de la declaración de nulidad del artículo 30.6 en los términos indicados para el personal funcionario, procedería que por el Ayuntamiento se denunciara el Acuerdo, conforme a lo previsto en su artículo 6, para iniciar así el procedimiento dirigido a su sustitución por otro que permita mantener la homogeneidad de las condiciones aplicables a todos los empleados públicos de la Corporación, eliminando la mejora que, ya sólo para el personal laboral, se contendría en el artículo 30.6.

Cabe recordar aquí que un premio de jubilación o un incentivo a la jubilación voluntaria como el que prevé el indicado precepto, condicionado únicamente a la jubilación del personal antes de una determinada edad y que no se vincula con la consecución de un objetivo de racionalización de los recursos humanos municipales ni se instrumenta en un plan municipal de ordenación de recursos humanos que prevea ésta junto a otras medidas de reorganización de estructuras y plantillas, reasignación de efectivos, etc., aparece como una mera mejora económica para el personal que decide anticipar su jubilación y que se contrapone a las actuales políticas públicas en materia de jubilación, que persiguen alargar el período de actividad laboral de los trabajadores (públicos y no públicos).

En efecto, 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.

El cambio de tendencia sustancial en los últimos tiempos vino motivado en buena medida por la prolongada crisis económica y la difícil situación financiera de la Seguridad Social, y más concretamente sobre la viabilidad de

nuestro sistema de pensiones, en entredicho como consecuencia de la reducción del número de cotizantes y de la inversión de la pirámide demográfica por causa del aumento de la esperanza de vida y la reducción de la tasa de natalidad.

Con el horizonte de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y posteriormente el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, introdujeron gran número de novedades en el régimen de jubilación, con ese objetivo de hacer sostenible el sistema financiero de la Seguridad Social. Así, las reformas pretendieron dar mayor importancia a los periodos de cotización, eliminar la connotación de fórmula de regulación de empleo y reducción de costes que tenía la jubilación anticipada, reservando su acceso a trabajadores con largas carreras de cotización y, en definitiva, alargar la permanencia en activo de los trabajadores, a través de medidas como la compatibilidad entre la prestación de jubilación y la percep ción de un salario en determinadas circunstancias.

En la actualidad esta materia se encuentra regulada en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS), que deroga de forma expresa tanto el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 como el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo.

De acuerdo con dicha regulación, hoy persiste la posibilidad de la jubilación anticipada derivada de la propia voluntad del trabajador (art. 208 LGSS), si bien, con la idea de penalizarla, se endurecen los requisitos para llegar a una jubilación voluntaria con carácter anticipado, pues no hay que olvidar que la reforma tenía como fin último alargar el periodo de cotizaciones para permitir la sostenibilidad del sistema.

Así, salvo regímenes especiales (como los contemplados en el artículo 206 de la LGSS), se exige que al trabajador solicitante le resten, como máximo, dos años para alcanzar la edad ordinaria de jubilación que resulte de aplicación según el artículo 205.1.a) de la LGSS y que acredite un periodo mínimo de cotización de 35 años. La pensión, además, será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada mes o fracción que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de coeficientes en función del período de cotización acreditado.

Como es fácil advertir, la previsión de premios de jubilación como los contenidos en el artículo 30.6 del Acuerdo y su efecto incentivador de la jubilación voluntaria anticipada de los empleados públicos se contrapone con la tendencia penalizadora que se plasma en la normativa de seguridad social, lo que debería mover a suprimir tales previsiones del acuerdo, también para el personal laboral.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El artículo 30.6 del Acuerdo de condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar es contrario a los artículos 93 LBRL, 153 TRRL y 1 RD 861/1986, de 25 de abril, por lo que procede declarar su nulidad respecto del personal funcionario incluido en su ámbito de aplicación al incurrir en la causa de nulidad establecida en el artículo 47.2 LPACAP.

SEGUNDA.- Dicha declaración de nulidad ha de limitarse a la condición de dicho precepto como disposición administrativa aplicable a los funcionarios municipales. En consecuencia, no alcanza al aspecto laboral que como norma de convenio colectivo corresponde a dicho artículo, que mantiene su vigencia para el personal laboral del Ayuntamiento.

TERCERA.- En aras a conseguir la homogeneidad de regímenes entre el personal funcionario y el laboral del Ayuntamiento, procede que por la Corporación Local consultante se inicie el procedimiento oportuno para sustituir el Acuerdo controvertido por otro que no recoja ya las indemnizaciones por jubilación.

No obstante, V.S. resolverá.