

Con fecha de 2 de abril de 2019 y número de registro XXX XXX XXX se recibió, firmada por el señor Alcalde de XXX XXX XXX, una solicitud de informe sobre la validez de un artículo del "Acuerdo marco de funcionarios del Ayuntamiento de XXX XXX XXX" relativa a la concesión de premios por jubilación. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

con base, por resultar de la solicitud de informe y de la información de que se acompaña, en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- El "Acuerdo marco de funcionarios del Ayuntamiento de XXX XXX XXX" fue debidamente tramitado, aprobado por el Pleno corporativo y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo número 144 de 28 de junio de 2010. Dicho acuerdo marco es el que se encuentra actualmente vigente en este Ayuntamiento.

II.- En el mismo se incluye un *artículo 67* - "*Jubilaciones*" del siguiente tenor:

(...) Asimismo a fin de favorecer la jubilación anticipada de los funcionarios/as que lo deseen y así poder renovar la plantilla, se establecen los siguientes premios por jubilación para los funcionarios/as con un mínimo de antigüedad de diez años en este Ayuntamiento: (...)

III.- Un funcionario, policía local, tras acogerse a la regulación prevista en el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social y en el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, se jubiló en enero de 2019 y el 14 de febrero de 2019 presentó una petición en el Ayuntamiento en la que, en aplicación del artículo 67 del acuerdo marco, solicitó un premio por jubilación equivalente a seis mensualidades de sus retribuciones.

IV.- Se consulta por parte del Ayuntamiento acerca de:

- Si se debe proceder, o no, al abono del premio solicitado.
- Si es legal, o no, dicho artículo y, en caso de no serlo, si procede iniciar el trámite para la revisión de oficio del mismo o para la declaración de lesividad; además, en caso de iniciarse los trámites de la revisión de oficio, si procede declarar la suspensión de la aplicación del acuerdo marco hasta que se resuelva el expediente de revisión.

A los que resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La solicitud epigrafiada se acompaña de un informe del Sr. Secretario del Ayuntamiento consultante, de 1 de abril de 2019, en que concluye que el premio por jubilación contenido en el artículo 67 del acuerdo marco es contrario a derecho. El informe riguroso y fundado, acompañado de pertinentes y abundantes referencias jurisprudenciales, entiende que lo es con base en lo previsto en el artículo 1 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, según el cual:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, los funcionarios de Administración Local sólo podrán ser remunerados por los conceptos retributivos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

En consecuencia, no podrán percibir participación alguna de los tributos, comisiones u otros ingresos de cualquier naturaleza que correspondan a la Administración o cualquier poder público como contraprestación de cualquier servicio o jurisdicción, ni participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los mismos, ni retribuciones o contraprestaciones distintas a las determinadas en los artículos siguientes por ningún otro concepto, ni siquiera por confección de proyectos, dirección o inspección de obras o presupuestos, asesorías o emisión de dictámenes o informes, y ello sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del sistema de incompatibilidades.

Refiere también el informe las disposiciones del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha concordantes con la idea anterior: que los funcionarios públicos únicamente pueden percibir las retribuciones previstas en las normas citadas anteriormente – clasificadas en retribuciones básicas y complementarias- y ninguna más, sin perjuicio de la participación en los fondos de acción social que, en principio, carecen del carácter retributivo.

A este respecto acude el informe a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 20 de diciembre de 2013, donde se dictamina que las retribuciones son la contraprestación por un trabajo realizado y se devengan con carácter regular y periódico y por un mismo importe, mientras que las medidas de acción social no tienen su razón de ser ni depende su cuantía en el trabajo del beneficiario sino en una mayor o menor situación de necesidad.

Indica también el informe que, a pesar la habilitación efectuada por la disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública para que las corporaciones locales adopten "*incentivos a la excedencia voluntaria y la jubilación anticipada*", lo cierto es que en la medida en que esas medidas incentivadoras

podrían tener un carácter más cercano a lo retributivo y más lejano a la acción social se han venido considerando ilegales. Tal ha sido el criterio seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo –misma Sala- de 9 de septiembre de 2010, que considera los premios por jubilación contrarios al artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local que restringe los conceptos retributivos de los funcionarios a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 30/1984. Esta misma doctrina ha sido recientemente reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo 459/2018 de 20 de marzo en la que se califican los premios por jubilación como remuneraciones y, por tanto son contrarios a las disposiciones que regulan las retribuciones que pueden percibir los funcionarios públicos locales.

Con todos estos pareceres, expuestos con toda solvencia por el Sr. Secretario, no puede estarse sino de acuerdo: el artículo 67 del acuerdo marco es contrario a derecho.

Segundo.- Muestra también duda el Sr. Secretario en su informe sobre si la jubilación del policía local en los términos previstos en el antecedente fáctico anterior constituye una jubilación anticipada, o una reducción de la edad ordinaria de jubilación. También con acierto, el Sr. Secretario deja, a pesar de hacer un pormenorizado repaso de la normativa aplicable, la cuestión sin una respuesta terminante. Y ello porque, siendo el artículo contrario a derecho, huelga el determinar si es aplicable o no.

No obstante, y sólo a efectos dialécticos, puesto que la normativa no deja clara la diferencia entre ambas figuras, o más bien por utilizar equivocadamente los términos no las distingue con precisión terminológica. Donde sí se diferencian claramente ambas figuras es en el ámbito de sus efectos jurídicos: la jubilación anticipada implicaría una reducción de la prestación por jubilación a percibir como consecuencia de la anticipación, mientras que la reducción de la edad de jubilación implicaría una jubilación en la edad legalmente establecida, que sería especial para determinados tipos de trabajadores, frente a la general y que implicaría la percepción de la misma pensión que en el caso de jubilarse en la edad general –es decir, no hay pérdida económica- siendo estos los casos que pueden reconducirse al artículo 206 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En caso de que fueran conformes a derecho las previsiones del artículo 67, la aplicación de estas se justificarían cuando se diera el primero de los casos –jubilación anticipada o que implique pérdida de parte de la pensión de jubilación- no cuando estuviéramos ante el segundo –reducción de la edad de jubilación, o sin pérdida económica-. Siendo este el caso planteado, no procedería la aplicación del artículo 67 del acuerdo marco, párrafo segundo, aunque sí la del párrafo primero, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá.

Tercero.- Establecida la contrariedad a derecho del artículo 67 del acuerdo marco debe determinarse, como pide el consultante, el modo de depurar dicha ilegalidad.

Para ello debe, en primer lugar, determinarse la naturaleza jurídica del mismo.

Dispone el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público:

- 1. En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones.*
- 2. Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente.*
- 3. Los Acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. (...)*

La formación de los acuerdos marco tiene, por tanto, dos fases, una primera fase de negociación entre la Administración y los representantes de los funcionarios en el seno de las mesas de negociación y una segunda fase en que se procede a la aprobación expresa y formal por el órgano que los suscriba, todo ello sin perjuicio de la ulterior publicación – artículo 38.8-.

La cuestión es por tanto, determinar si ese acto de aprobación supone el ejercicio de una potestad administrativa reglada sin vocación reglamentaria que tiene como fruto un acto administrativo de los que la doctrina ha venido en llamar plúrimos –por tener una pluralidad indeterminada de interesados- o se trata de actos normados y normadores, dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria –a través de un procedimiento específico de elaboración de disposiciones generales- que producen un verdadero reglamento.

A la vista del carácter de permanencia en el tiempo, de no agotarse con su ejecución sino más bien confirmarse y de suponer una regulación de situaciones concretas, que permanece en un plano abstracto más allá del caso específico afectado, deben calificarse como verdaderas disposiciones generales, con su procedimiento específico de aprobación y con su concreto ámbito subjetivo de aplicación que, por reducido, no pierde el carácter de general, al ser esta una condición cualitativa y no cuantitativa.

Así lo ha entendido, en un procedimiento en que se impugnó un acuerdo del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma que aprobaba un acuerdo alcanzado en una mesa negociadora modificándolo , nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia de 16 de diciembre de 1998, fundamento jurídico quinto:

...lo fundamental es decidir si nos hallamos ante la aplicación de una norma del ordenamiento -acto ordenado- que agota su eficacia, o sí, por el contrario, se trata de un instrumento ordenador que, como tal, se integra en el Ordenamiento Jurídico, completándolo y exigiéndose en pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas, y cuya eficacia no se agota en una aplicación, sino que permanece, situada en un plano de abstracción, tras lo que dicha sentencia llega a la conclusión de que el Acuerdo allí impugnado revestía un sentido ordenador, de una auténtica norma integrante del Ordenamiento Jurídico que culminaba, dándole concreción, y

permitiendo por tanto su efectiva aplicación, la ordenación iniciada en el mencionado Real Decreto-ley, lo que, en definitiva, daba lugar en dicha sentencia a que se anulara el citado acuerdo porque en su elaboración debió seguirse el procedimiento regulado en los arts. 129 a 132 de la ya vieja Ley de Procedimiento Administrativo

En el mismo sentido, en un supuesto en que se impugnó una Resolución del Ministro de Administraciones Públicas contraria a un acuerdo alcanzado en las mesas negociadoras y aprobado por el Consejo de Ministros, la Sentencia dictada por la misma Sala que la anterior, en su fundamento jurídico segundo dice:

Además el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, al tener por preparado el recurso de casación, pone de manifiesto el carácter normativo de los Acuerdos que han recaído en el marco de la negociación colectiva y que justifican la posibilidad de tener por preparado el recurso, conforme al artículo 86.3 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, tales Acuerdos ostentan un contenido que se condiciona por su rasgo de generalidad y su vocación ordenadora y la cuestión que aquí se debate incide de manera directa en la planificación general de la actividad económica del Estado que afecta, por una parte, a la defensa de los intereses generales del Estado y por otra, a la actuación del Gobierno en este ámbito competencial (artículos 103.3, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución, en relación con los artículos 66 y 134 de la misma).

Queda claro, por tanto, que estos acuerdos marco son disposiciones generales y se someten a su régimen jurídico.

Tercero.- Establecido que los acuerdos marco son disposiciones generales –y no meros actos administrativos- y que el artículo 67 del acuerdo marco del Ayuntamiento de XXX XXX XXX no es conforme a derecho debe establecerse el tipo de ilegalidad que le afecta. A este respecto dispone el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –en adelante, LPAC-:

También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En idéntico sentido se pronunciaba el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 67 del acuerdo, en tanto en cuanto tiene un contenido contrario a las leyes reguladoras de la función pública y a algunos reglamentos de desarrollo de las mismas, tal y como se expuso en el fundamento jurídico primero anterior y en el informe del Sr.

Secretario del Ayuntamiento de 1 de abril de 2019, vulnera lo dispuesto en las leyes y en disposiciones administrativas de rango superior, suponiendo la realización del supuesto de hecho previsto en el artículo 47.2 de la LPAC y determinando la nulidad de ese artículo.

Cuarto.- Resta, por último, analizar el modo de depurar esa nulidad.

Aparte de la posibilidad de proceder a una modificación del acuerdo marco mediante los trámites legalmente previstos, posibilidad que siempre está abierta, el modo de proceder a la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición ilegal y nula es la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio.

A este efecto, prevé el artículo 106.2 de la LPAC:

Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

El procedimiento del artículo 106.2 puede iniciarse de oficio por parte de la administración autora de la disposición a revisar, por la remisión –"asimismo"– al párrafo primero que permite iniciar los procedimientos de revisión de oficio "a iniciativa propia o a solicitud de interesado".

En cuanto a la posibilidad de suspensión, el artículo 108 de la LPAC dispone:

Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Para acordar la suspensión en un procedimiento de revisión de oficio el precepto citado exige tres condiciones: primera, la existencia del propio procedimiento, segunda: que de la ejecución se puedan derivar perjuicios de imposible o difícil reparación y, tercera, que el procedimiento revisorio afecte a un acto administrativo.

No existe problema respecto a la primera de las condiciones, puesto que la decisión de suspender o no se tomará en el acuerdo mismo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio. En cuanto a la segunda, la posible concurrencia de los "perjuicios de imposible o difícil reparación" que pudiera causar la ejecución del acto deberán acreditarse en la motivación del acuerdo de suspensión, pudiendo consistir estos, además en de la ya de por sí dañina aplicación de disposiciones a priori ilegales, en el perjuicio económico que se irrogaría al Ayuntamiento como consecuencia del desembolso –que podrían neutralizarse con la reclamación del reembolso al interesado en caso de que el procedimiento concluyera con la efectiva anulación del acuerdo- o el establecimiento de un precedente que podría excitar otras reclamaciones basadas en el mismo precepto mientras se tramita el procedimiento de revisión. En todo caso, como se ha dicho, en la decisión de suspensión de un acto como consecuencia de la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio deben

motivarse suficientemente las razones que llevan a apreciar la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación pudiendo acudir, como criterio o pauta para determinar si procede la suspensión, a lo previsto "*mutatis mutandis*" en el artículo 117.2 LPAC

Más problemas origina, sin embargo, la tercera de las condiciones, esto es, que el procedimiento revisorio afecte a un acto administrativo. Si se atiende a los antecedentes legislativos, constituidos por el artículo 104 del Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se acogía la misma fórmula, utilizando el término "acto" -si bien, aunque por vía interpretativa se extendió a la declaración de lesividad, la literalidad se restringía a los procedimientos de revisión de oficio-. Hoy, el artículo 108 LPAC tampoco parece extender la posibilidad de suspensión a los casos de revisión de las disposiciones generales -como sí lo hace con la revisión misma, en que el legislador expresa y literalmente ha establecido que tanto actos como disposiciones puedan ser sometidas al mismo régimen revisorio-, por lo que sólo podrá acordarse la suspensión cuando el procedimiento revisorio afecte a actos, pero no cuando afecte a disposiciones generales como es el caso.

Ahora bien, partiendo de que la disposición es pretendidamente ilegal y nula, iniciados los trámites para así establecerlo todos los actos administrativos que se dictaran en aplicación de la misma quedarían en situación de pendencia a resultados del resultado del procedimiento revisorio, por estar, también pretendidamente, viciados de la misma ilegalidad y, por tanto nulidad. Sobre esa base sería posible acordar la suspensión de los actos no ejecutados que se dictaran en cumplimiento de la disposición revisada, si se observaran en ellos los presupuestos anteriores.

No obstante, no se pierda de vista, como ya se justificó en el fundamento jurídico segundo anterior y apunta el Sr. Secretario en su informe, que el supuesto del jubilado solicitante en el presente caso no lo es tanto de jubilación anticipada como de reducción de la edad jubilación, por lo que no se daría el supuesto de hecho que habilitaría para el cobro del premio por jubilación previsto en el artículo 67 del acuerdo marco, párrafo segundo.

Por tanto, con base en el relato fáctico expresado y los fundamentos jurídicos expuestos procede la formulación de las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En relación con si se debe proceder al abono del premio por jubilación previsto en el artículo 67 del acuerdo marco de XXX XXX XXX debe indicarse que no procede el mismo tanto por no tratarse de un caso de jubilación anticipada como de anticipación de la edad de jubilación -fundamentos jurídicos segundo y cuarto "in fine"- . No obstante, si se considerara irrelevante esta distinción a efectos de aplicación del párrafo segundo, y en todo caso a efectos de aplicación del párrafo primero, una eventual resolución de reconocimiento del premio por jubilación, aunque provisionalmente estaría amparada por el propio acuerdo marco, devendría ilegal una vez revisado dicho acuerdo lo que podría determinar, en su caso, la obligación de devolución del mismo.

SEGUNDA.- El artículo 67 del acuerdo marco de XXX XXX XXX presenta ilegalidades constitutivas de nulidad procediendo la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio para la depuración de las mismas.

TERCERA.- No procede la suspensión del acuerdo marco una vez iniciados los trámites de revisión de oficio por no permitir la ley esta posibilidad. No obstante cabe la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos adoptados en aplicación de la disposición a revisar hasta la terminación del procedimiento revisorio.

Es cuanto procede informar, parecer jurídico que queda sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que no suple el contenido de cualesquiera otros informes emitidos con carácter preceptivo o facultativo para la válida adopción de acuerdos.

Toledo a 23 de abril de 2019