

editorial

En este sexto número de la serie monográfica de boletines que dedicamos a **la reforma de las pensiones y su incidencia en el sector público**, su autor, **Xavier Boltaina Bosch**, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, nos ofrece su punto de vista respecto a **LA JUBILACIÓN FORZOSA POR EDAD DEL PERSONAL FUNCIONARIO LOCAL**.

LA JUBILACIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO: UNA FIGURA DIFERENCIADA DE LA JUBILACIÓN DEL PERSONAL LABORAL

El EBEP establece como causa de la pérdida de la condición de funcionario, entre otros, la jubilación "total" del funcionario. No obstante, a diferencia del derecho laboral, donde la jubilación se refiere a un supuesto muy específico -acreditar unos determinados periodos de carencia cotizados a la Seguridad Social y pasar a la situación de recepción de la prestación con carácter total o parcial, según sea la jubilación de uno o de otro tipo-, **en el derecho funcional se distingue** (art. 67 EBEP) **entre cuatro tipos de jubilación:**

- La **voluntaria** (existente también en el derecho laboral).
- La **forzosa** por cumplimiento de la edad legalmente establecida.
- La **parcial** (incorporada por el EBEP y que no se ha desarrollado, como sí sucede en cambio en el ámbito laboral).
- La jubilación por declaración de **incapacidad permanente** para el ejercicio de las funciones propias del funcionario en su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente total o absoluta (en este supuesto, el derecho laboral no se refiere a "jubilación" sino a "extinción del contrato laboral" en base a esta circunstancia).

La jubilación forzosa por razón de edad ha sido una fuente continua de conflictos jurídicos pero también de debate político, empresarial, sindical y social. **Desde la perspectiva jurídica, el debate se sitúa en el apoyo legal que se tiene para imponer, a personal laboral y a personal funcionario, una edad de retiro.** En el caso del personal laboral, hace falta que tal posibilidad esté recogida en convenio colectivo y se vincule a políticas de ocupación, todo de acuerdo con la disp. add. 10ª ET, según el redactado dado el año 2005. En el ámbito funcional, desde la promulgación de la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública* (LMRFP), se ha producido un viaje de ida, de vuelta y nuevamente de ida. Después de 1984 se redujo la edad máxima de trabajo del personal funcionario, situándola en 65 años, decisión legal que dio pie a múltiples sentencias judiciales que consideraron correcta esta medida de reducción. Posteriormente, por parte de algunos grupos políticos se intentó elevar nuevamente la edad de jubilación a los 70 años, incluso hasta los 72, pero sin éxito; no obstante en 1997 entró en vigor una reforma legal que situó la edad de jubilación forzosa en 65 años, pero con la posibilidad de prolongar el servicio activo hasta los 70 en la mayoría de supuestos, excepto cuando una ley específica fijase otro sistema. En cualquier caso, en ningún momento de toda esta evolución, la jubilación forzosa por razón de edad de los funcionarios se ha vinculado nunca a una política de empleo de cada entidad pública.

Asistimos a un debate social, político y sindical no exento de hipocresía. Por un lado, los interlocutores se llenan la boca de palabras bonitas alrededor del aprovechamiento de la experiencia, de la pérdida de valor que significa echar del mercado de trabajo a ciudadanos por razón de edad y de potenciar el retraso de la edad de jubilación de forma voluntaria, cuando en cambio la actual crisis económica ha supuesto llegar a un acuerdo para que en el futuro se eleve la actual edad de 65 a 67 años de forma forzosa, con algunas excepciones. Pero por otro lado, en el derecho laboral y funcional la presión sindical y empresarial se ha dirigido a abrir nuevas vías de jubilación anticipada. Casi agotada, por razones biológicas, la posibilidad de jubilarse anticipadamente a partir de los 60 años por parte del personal laboral (o funcionario) local que hubiere cotizado antes del 1 de enero de 1967, hay una fuerte presión para habilitar nuevas formas de jubilación voluntaria, de ser posible con plenitud de derechos, a partir de los 60 años o una edad posterior, o de incorporar a la función pública la jubilación parcial, que se ha demostrado que en el ámbito laboral ha dado pie a numerosos fraudes que las últimas reformas de la Seguridad Social intentarán evitar en el futuro. Y no se puede criticar que los agentes económicos y sociales quieran plantear fórmulas de jubilación anticipada, puesto que hay una muy elevada tasa de paro juvenil y de empleados de edad madura que no encuentran ocupación; y también parece razonable que los empleados -públicos o privados- disfruten de la jubilación a edades que los permitan disfrutar de unos años por adelantado en condiciones físicas y psíquicas adecuadas.

En consecuencia, el comentario que a continuación se efectuará debe tener en cuenta varias premisas: en primer lugar, que **la jubilación forzosa por razón de edad del personal funcionario es un tema abierto** que puede verse afectado por reformas del sistema en los próximos años; en segundo lugar, que las normas de función pública que se están

publicando parecen incorporar criterios restrictivos para evitar que los funcionarios trabajen más allá de los 65 años; y en tercer lugar, que **la posibilidad de llegar a los 70 años trabajando tendrá que pasar forzosamente, en las Administraciones locales, por planes de ordenación de los recursos humanos** que realmente acrediten la necesidad de mantener estos empleados públicos, pero también por criterios subjetivos referidos a cada funcionario, de difícil implementación.

REGULACIÓN JURÍDICA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL EBEP

La jubilación de los funcionarios locales, integrados ya todos en el Régimen general de la Seguridad Social, se encontraba regulada en el art. 33 LMRFP, según el redactado dado por la Ley 13/1996, en vigor a partir de 1 de enero de 1997.

Así, la jubilación forzosa se declaraba de oficio al cumplir los 65 años de edad. No obstante, esa declaración no se producía hasta el momento en que los funcionarios cesaran en el servicio activo en aquellos supuestos en que voluntariamente prolongaran su actividad hasta, como máximo, los 70 años.

Hacia falta que las Administraciones (locales) dictaran las normas de "procedimiento" necesarias para ejercitar el derecho de continuar en el servicio activo. **Se exceptuaron de tal posibilidad de prolongación los funcionarios de la policía local**, los de los servicios de extinción de incendios y los agentes rurales de las Comunidades autónomas, según la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, que corrigió el carácter general de la inicial *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, la cual había producido dificultades aplicativas, sobre todo en el caso de la policía de las entidades locales.

Cada corporación local tenía que aprobar las normas reglamentarias. El Estado lo hizo a través de la *Resolución de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración pública*, que ha servido a muchas corporaciones locales de norma supletoria en ausencia de norma propia, pues en este ámbito hubo un fuerte abstencionismo por parte de los entes locales a la hora de regular esta cuestión.

A diferencia del personal laboral, la jubilación forzosa por razón de edad quedaba -y queda también ahora- desconectada, en el caso del personal funcionario, de cualquier política de empleo de la entidad local, puesto que el derecho al trabajo en el ámbito de la función pública no está afectado por el art. 35 de la Constitución sino por el art. 103.3. Por lo tanto en el régimen funcionarial, diferente del laboral, en este momento la jubilación forzosa por razón de edad no está condicionada a un plan, proyecto o compromiso de la entidad local de crear empleo, mejorar la ocupación existente o establecer mejores condiciones laborales, como sí prevé en cambio la disp. add. 10ª ET.

Consecuentemente, la prolongación más allá de los 65 años sólo dependía de la voluntad del funcionario, a quien se podía impedir esta prolongación si no cumplía los requisitos procedimentales aprobados por la Administración: tener la edad fijada y pedirlo con la antelación prevista en la norma reglamentaria (en el caso del Estado, como mínimo dos meses antes de llegar a los 65 años).

LA JUBILACIÓN FORZOSA POR RAZÓN DE EDAD DESPUÉS DEL EBEP

El art. 67.1.a) y 3 EBEP establece que **la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los 65 años de edad.**

Aun así el EBEP introduce una importante modificación: **"Sin embargo, en los términos de las leyes de función pública que se dicten en despliegue de este Estatuto, se puede solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumplan setenta años de edad. La Administración pública competente tiene que resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación".**

No hay ninguna controversia sobre la aplicación del art. 67.3 EBEP en el territorio de aquellas Comunidades autónomas que tienen leyes ya aprobadas y que son de aplicación a las entidades locales. La voluntad en todas ellas ha sido, de una manera u otra, poder limitar la continuidad en el servicio activo del personal funcionario, en línea con lo que ya existe para el personal sanitario, que tiene su propia legislación.

Así, en concreto, alguna primera ley de función pública posterior al EBEP no hizo uso de ningún tipo de limitación (*Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia*), pero diversas posteriores sí que han fijado un marco específico. Así, la *Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, de Medidas Fiscales y Administrativas*; la *Ley 10/2010 de 9 de julio de la Generalitat, d'Ordenació i Gestió de la*

Funció Pública Valenciana; y la más reciente *Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha*, fijan un marco normativo cuyos aspectos fundamentales son los siguientes:

- **Posibilidad de denegar o aceptar la petición de prolongación en el servicio activo en base a la valoración de condiciones psicofísicas y aptitudes personales** para desarrollar las funciones y tareas que le sean propias (Madrid, Valencia y Castilla-La Mancha).
- Necesidad de informe sobre el funcionario que quiere prolongar, en relación a **su implicación en los objetivos fijados por la organización pública, el rendimiento o los resultados obtenidos y el absentismo en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud** (Valencia), o en los resultados de la evaluación del desempeño (Castilla-La Mancha).
- Dictamen, informe o resolución médica emitido por el servicio de prevención de riesgos laborales sobre las condiciones psicofísicas y las aptitudes personales del funcionario para ejercer las funciones y tareas, así como las de cualquier otro puesto adscrito al cuerpo, escala o agrupación profesional funcional al que pertenezca.
- **Si no se cumplen los requisitos psicofísicos, la prolongación quedará condicionada a la existencia de puestos de trabajo vacantes** cuyas tareas tengan cabida en su cuerpo, agrupación o escala funcional y sean compatibles con sus condiciones personales (Valencia).
- **Revisión anual de la resolución estimatoria de la permanencia en servicio activo** (Valencia) o **concesión por un año, prorrogable** (Castilla-La Mancha).
- **Denegación por razones organizativas derivadas de la planificación de la ocupación pública** (Madrid y Castilla-La Mancha).

APLICACIÓN DEL ART. 67.3 EBEP A LOS FUNCIONARIOS LOCALES EN COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE NO HAN DESPLEGADO EL ESTATUTO BÁSICO

El conflicto jurídico surge cuando, más de cuatro años después de la entrada en vigor del EBEP, no hay ninguna norma de desarrollo que regule la prolongación o no del servicio activo. Avanzo mi opinión, pese a que pueda cuestionarse incluso en vía judicial, como así se ha hecho: **la ausencia de norma de despliegue no permite a la corporación local decidir libremente sobre aceptar o no la prolongación en base a criterios no legalmente predeterminados.**

En concreto, la jurisdicción ha afirmado (SSTSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2010 -RS 45/2009- y 11-6-2010 -RS 53/2009-) que:

- **Si no hay despliegue del art. 67.3 EBEP se tiene que aplicar la normativa anterior al Estatuto Básico, es decir, al art. 33 LMRFP**, precepto que sólo queda derogado con el alcance fijado en la disp. final 4ª EBEP.
- **La remisión al art. 33 no lo es sólo por cuestiones de procedimiento, sino también por la esencia misma de la decisión. Habrá que estar a aquello que determinen las leyes de despliegue.**
- **El EBEP quiere que sea una ley, y no cualquier otra norma, la que fije la normativa a aplicar**; y debe entenderse que al amparo de la disp. final cuarta 3. se mantiene el régimen jurídico anterior de normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de los recursos humanos en tanto no se desarrolle este art. 67.3.

No obstante, el conflicto jurídico pervive y, **con un criterio completamente diferente, han aparecido resoluciones recientes** que obligarán a que finalmente sea el Tribunal Supremo quien resuelva en unificación de doctrina. Así, en concreto, la STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2010 (rec. 161/2009), en un supuesto aplicable a la Administración del Estado, entiende que el art. 67.3 está ya plenamente vigente y por lo tanto es factible una aplicación que comporte, con un razonamiento que sería extrapolable a los entes locales, lo siguiente:

- No es preciso esperar a que haya una norma de despliegue para que la Administración pueda aplicar el art. 67.3 EBEP con un criterio más de contenido que formal (que era el que hasta el momento prevalecía).
- Considerar que la disp. final cuarta 3 no es aplicable de ninguna forma a la jubilación por razón de edad, porque no se trata de una cuestión sobre ordenación, planificación y gestión de los recursos humanos y el art. 33 LMRFP debe considerarse plenamente derogado.

- Hará falta en todo caso, si se quiere denegar a un funcionario su continuidad más allá de los 65 años, que exista una resolución motivada por parte de la corporación local.
- Al no haber un listado tasado de motivos, la STSJ de Madrid toma en consideración todo un conjunto de supuestos: acumulación de licencias y permisos antes de llegar a los 65 años, incumplimientos horarios, poca o nula aportación del funcionario a los objetivos de la Administración, cambios en la forma de organización del trabajo durante los periodos de ausencia, tareas realizadas por el funcionario que ahora tienen que ser realizadas por empleados públicos de subgrupos superiores, rendimiento inferior a la media o insuficiente para los requerimientos del puesto que se ocupe, bajas médicas constantes aunque justificadas, entre otros.

VALORACIÓN CRÍTICA

La reforma del régimen de jubilación a los 65 años se hizo en 1997 -Ley 13/1996- sin una necesaria reflexión de sus consecuencias. Prueba de ello es que un año después fue necesaria una reforma del precepto, para incluir algunos colectivos como la policía local, que no podían prolongar la edad de trabajo.

Por otro lado, la norma ha supuesto un desequilibrio en muchas Administraciones, donde los cuerpos superiores y el personal que ocupaba altos cargos prolongaba el servicio activo, mientras que el personal de base de los antiguos grupos E, D y C especialmente, se jubilaban al llegar a los 65 años o buscaban fórmulas (y continúan buscándolas) para jubilarse anticipadamente. Jubilación anticipada prevista en el EBEP que tampoco se ha desarrollado y que, en el ámbito local, hoy por hoy sólo se puede aplicar a los funcionarios que hubieran cotizado al extinto Mutualismo laboral antes del 1 de enero de 1967 y con la aplicación de un coeficiente corrector a la baja máximo (8 % de reducción por año), puesto que en todo caso la jubilación se considera voluntaria, a diferencia del personal laboral, para el caso de haber sido despedidos.

A mi parecer -cuestionable, no obstante, como sucede con muchos preceptos ambivalentes o poco claros del Estatuto Básico- **el EBEP ha introducido un nuevo problema aplicativo y en este caso de importancia máxima, puesto que se refiere a un supuesto de pérdida definitiva o no del vínculo funcional.**

Parece lógico que muchos entes locales se hayan cuestionado si aceptar o no la prolongación de funcionarios en el servicio activo más allá de los 65 años, dependiendo en exclusiva de la voluntad del empleado público. Ahí radica el gran defecto de la Ley 13/1996. No obstante, dejar en manos de las corporaciones locales la denegación amparándose en criterios que por otro lado están protegidos por la legislación (baja por enfermedad, licencias o permisos disfrutados, etc...) sólo debería ser factible con el apoyo también de una previsión expresa en norma autonómica que otorgara la suficiente garantía jurídica para denegar la continuidad en el servicio activo. **La mejor justificación debe ser aquella que tiene como presupuesto previo un plan de ordenación de recursos humanos donde se establezcan estrategias de futuro sobre necesidades de recursos humanos, especialmente en un momento de congelación de plantillas y fuerte limitación en la reposición de efectivos.**

En todo caso, **resulta del todo incomprensible que desde el año 2007, muchas Comunidades autónomas no hayan desarrollado todavía este art. 67.3 EBEP** y que tenga que ser una vez más el Tribunal Supremo quien resuelva la controversia.