

## **Gestion pública de los RRHH en la Administración en contextos de crisis. Aproximación a algunas posibles actuaciones.**

Xavier Boltaina Bosch

Profesor de la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Administrativo) de la Universidad de Barcelona.

Director de Recursos Humanos del Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona.

Vitoria, 9 de junio de 2010.

A escasos días de la aprobación del Real Decreto Ley 8/2010 de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, con mayor razón se justifica una ponencia sobre la gestión pública de los recursos humanos en la Administración en contextos de crisis.

Evidentemente en esta ponencia escrita, reflejo de la intervención del ponente en un plazo de 1 hora, no es factible desarrollar todos los aspectos que desde la gestión pública, en el ámbito de los recursos humanos es posible poner en marcha para hacer frente a estas circunstancias. Por ello, nos centraremos en tres bloques de actuaciones que son de absoluta actualidad, que de manera directa influyen en acciones de las entidades públicas en este sentido.

En primer término, nos centraremos en los procesos de extinción de los vínculos laborales (trabajadores) de la Administración para el supuesto de crisis económica. No es un supuesto estrictamente aplicable a los funcionarios, por lo que en este caso nos centraremos en el personal laboral. El RDL 8/2010 nada ha añadido al respecto, pero si es cierto que a lo largo de la geografía española se han iniciado procesos de despido de trabajadores públicos, incluso fijos, ante la situación de crisis económica.

A continuación, y ya con una aplicación directa al funcionariado, trataremos sobre la posibilidad de suspender o anular la aplicación de Acuerdos de funcionarios pactados y vigentes. En este caso el R.D.Ley 8/2010 si que aporta

un ejemplo valioso y contundente, aunque no es el primer supuesto que podemos localizar.

Finalmente, nos referiremos a una determinada política de empleo que permita la regeneración de las plantillas públicas vinculadas a políticas de jubilación. En ese supuesto, sin embargo, nos centraremos en el personal laboral y analizaremos la jurisprudencia que al respecto se ha postulado en los últimos meses. Es una medida que ciertamente puede coadyuvar a la Administración en situaciones de crisis.

## **1.- LOS PROCESOS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CONTEXTOS DE CRISIS.**

No existe un equivalente en el derecho funcional que autorice la extinción del vínculo ante la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que permitan a la CL “despedir” (separar del servicio definitivamente, en expresión correcta) al funcionario, y en cambio ninguno de los dos preceptos del ET parece impedir su aplicación a las CCLL cuando estas contratan laboralmente y, además –como luego comprobaremos- dentro de las causas del despido objetivo (art. 52.e) se permite la extinción de contratos fijos de la Administración. Por tanto, no parece que haya razones para tal exclusión. La crisis económica iniciada en el año 2008 ha puesto en graves situaciones financieras a muchos municipios y ya no son pocos los que han propuesto y tramitado expedientes de regulación de empleo (ERE) –con acuerdo y sin acuerdo con la representación de los trabajadores municipales- que impiden por tanto alegar que esta opción no exista en nuestro sistema de relaciones laborales público.

En años anteriores a la actual crisis, las Administraciones Públicas y muy especialmente las Corporaciones locales recurrieron al despido objetivo por causas económicas e incluso a expedientes de regulación de empleo (ERES), como el intento del Ayuntamiento de Lerma en 1994, desestimado por la autoridad laboral, y que luego intentó articularlo por el despido colectivo, pues

afectó a la totalidad de la plantilla del centro municipal de bachillerato. Con la crisis económica de 2008, el Ayuntamiento de Gáldar en junio de 2009 planteó un ERE temporal que afectaba a la totalidad de la plantilla del personal laboral fijo e indefinido. Un total de 250 trabajadores veían reducida su jornada laboral a la mitad a través de este expediente en el que se contemplaba también la reducción del salario mensual de los trabajadores municipales. Según fuentes sindicales, esta reducción salarial debía ser de un 15 % para los trabajadores con menor retribución y de un 50 % para el personal con los sueldos más altos. Las retribuciones económicas de los trabajadores serían completadas con el sueldo que reciban por pasar a situación de desempleo durante la otra mitad de la jornada laboral. En Andalucía y Canarias, los ERE han sido un elemento de gestión que ha sido empleado ya con una cierta asiduidad. El Ayuntamiento de Balomento (La Palma) despidió 17 trabajadores fijos a través de un ERE negociado ([www.eldia.es](http://www.eldia.es), 28-2-2009); la Junta de Andalucía aprobó un ERE de 24 trabajadores fijos del Ayuntamiento de Almesilla en el 2009, si bien rechazó el ERE sin acuerdo que presentó el Ayto. de Valenciana de la Concepción para 32 trabajadores, aunque sus representantes plantearon como alternativa la suspensión contractual y cobro de desempleo por 6 meses; en Escacena (Huelva) un pacto de suspensión contractual de 2 años afectó a toda la plantilla laboral municipal ([www.andaluciainformacion.es](http://www.andaluciainformacion.es), 30-12-2009); el Ayuntamiento de Jerez –el quinto más importante de Andalucía-, con 2700 trabajadores, planteaba un ERE temporal y voluntario durante 4 años para 550 trabajadores (EL PAIS, 16-12-2009), que fue rechazado en su aprobación por la Junta de Andalucía y situando a la CL en el estado de ruina económica a que nos hemos referido ya con anterioridad. Las razones de déficit y falta de ingresos son los motivos más recurrentes. En mayo de 2009 la prensa se hizo eco de un hipotético ERE en el Ayuntamiento de Sevilla

¿Es factible pues un uso de la extinción contractual para hacer frente a una crisis en una Administración Pública al amparo de los arts.51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores? ¿Cuáles son los contornos y límites a tal posibilidad?

En primer término, no es algo ni mucho menos habitual en el ámbito de las Administraciones Públicas, salvo supuestos pactos por las partes como fórmula para lucrar la prestación por desempleo, que generalmente se articula ya no tanto por el art.52.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) –que comentaremos- sino por una de las otras causas de este precepto. En todo caso, la crisis económica que afecta a España desde 2009 ha puesto sobre la mesa esta posibilidad y desecharla en esta monografía sería miope a la vista de los diferentes expedientes de regulación de empleo mencionados o del recurso al despido objetivo del art.52.c ET.

La negociación colectiva por lo general no trata la cuestión, quizá porque nunca se le ha planteado de una manera tan cruda como en el momento de redactar estas líneas. En general, los convenios colectivos aceptan la existencia de la posibilidad, ya sea porque la incorporan como opción, ya porque la desechan como fórmula de gestión ante una dificultad en la Administración. Así, el art.58.1 del III convenio colectivo del personal laboral de la Administración General del Estado firmado en 2009 prevé que todas las causas del art.49 pueden ser empleadas para la extinción del contrato de trabajo en tanto que otras Administraciones renuncian expresamente a recurrir a estos preceptos extintivos<sup>1</sup>.

Los Tribunales de Justicia han tenido respuestas diversas, por lo general vinculadas al tamaño de la Administración afectada, pero sin ningún lugar a dudas ha aceptado el recurso a los arts.51 y 52.c del ET ya antes de la crisis actual al no negar su aplicación<sup>2</sup>, al afirmar que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción *“pueden darse (...) en las Administraciones Públicas, sobre todo en los que se refiere a las causas organizativas, pues las mismas en la medida en que cumplen la finalidad de servir a las necesidades colectivas pueden en ocasiones tener que extinguir*

---

<sup>1</sup> “Cuando en alguno de los centros incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio concurran los supuestos previstos en los arts.51 y 52.c ET”, la Comunidad de Madrid “no hará uso de las medidas extintivas de contratos de trabajo allí contemplados”, comprometiéndose a la readscripción de los empleados laborales afectados (art.10 convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid de 2005)

<sup>2</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 14-2-2002.

*determinadas relaciones laborales cuando el servicio público a que responde su existencia, se modifica o reestructura*<sup>3</sup>.

En cuanto a los requisitos exigidos, mencionaremos en otros los que a continuación detallamos.

- los Planes de Empleo u otros sistemas de racionalización de los recursos humanos instituidos por la Ley 23/1993 pueden ser instrumentos a través de los cuales se articulen los procedimientos de extinción; pueden servir como elementos para optimizar los recursos humanos, *“en aras a un mejor servicio público”*, pero en modo alguno es la única fórmula para articular despidos objetivos en la Administración Pública: *“los requisitos de los despidos objetivos son los exigidos por el ET, aplicándose tanto a las Administraciones públicas empleadoras como a las empresas privadas”*. Para amortizar un puesto, pues, no es preciso la previa aprobación de un Plan de Empleo<sup>4</sup>.
- no es necesario en modo alguno que la situación económica de la Administración sea irreversible; en general, son situaciones no definitivas y por tanto teóricamente recuperables. La adopción de la medida extintiva del contrato de trabajo debe pretender superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma.
- corresponde a la Administración probar la realidad de las causas o factores que suponen problemas de rentabilidad o eficiencia; pero no es preciso que deba demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del contrato comporte la superación de la crisis económica de la entidad pública o garantice la viabilidad futura ésta; en realidad, la extinción no debe suponer tanto el saneamiento económico de la Administración como que tal despido

---

<sup>3</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 27-9-2001. La STSJ Aragón de 30-9-2004 indica que el *“art.52 del ET, que es aplicable a las corporaciones locales en cuanto intervienen como empleadores, tal y como ha establecido reiteradamente este Tribunal, por todas sentencias núm.387/2003 de 3 de abril...”*. Más recientemente, auto del Tribunal Supremo de 14-3-2007).

<sup>4</sup> Este claro razonamiento puede consultarse en la STSJ Aragón de 30-9-2004 en el que el ente afectado fue el Ayuntamiento de Sariñena (Huesca). El auto del Tribunal Supremo de 13-9-2005 no admite el recurso contra la anterior sentencia y da por buenas las razones del TSJ de Aragón.

cumpla los requisitos que la normativa determina, esto es, que la medida extintiva “*contribuya*” a superar la situación de crisis<sup>5</sup>.

- la valoración de la adecuación o proporcionalidad de la medida extintiva se proyecta sobre hechos pasados, sobre la situación actual y sobre previsiones futuras de la Administración. El Tribunal no siempre podrá estar sujeto en su decisión a una prueba judicial propiamente dicha, sino que deberá valorar la razonabilidad de acuerdo con las reglas de experiencia reconocida en la vida económica. En el caso de la crisis económica, el juez deberá emitir un juicio de atenuamiento de la Administración a una conducta razonable, con arreglo a criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión de la aquélla. En este sentido se ha aceptado, por ejemplo, que hay causa cuando se trate de la supresión de un servicio municipal, máxime cuando este es asumido *ex lege* por otra Administración de ámbito superior<sup>6</sup>.

Por ello, si la Administración justifica la medida decidida, en cuanto ante la situación de dificultad de solvencia financiera comporta la necesidad de adoptar medidas para restablecer el equilibrio y, entre estas, esta la reducción de los gastos de personal, la reducción de jornadas, la reducción de ciertos servicios y, también, el despido de trabajadores que ocupan puestos de trabajo no imprescindibles, que de no adoptarse implicarían una prologación del déficit más allá de lo razonable, peligrando incluso otros puestos de trabajo, la jurisdicción considera plenamente justificado el recurso a las causas del art.52.c y, si se supera el límite de empleados laborales allí fijados, al art.51 del ET<sup>7</sup>, pues en último extremo también las

---

<sup>5</sup> La STSJ Aragón 30-9-2004 contiene un elaborado razonamiento que justifica el despido de trabajadores de una Residencia de la Tercera Edad del Ayuntamiento de Sariñena, por el importante déficit de la misma, que hubiese obligado a la Corporación a aumentar las tasas de los residentes y a externalizar otros servicios, y en donde la externalización del servicio de limpieza de la residencia comportaba un importe ahorro económico, por lo que validó el recurso al art.52 ET.

<sup>6</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 27-9-2001; también favorable, STSJ País Vasco 13-2-2007. Sin embargo, resolviendo de forma muy crítica ante una situación de externalización por razones en donde no se acreditan dificultades de funcionamiento, *vid.* STSJ Castilla-La Mancha de 23-10-2002.

<sup>7</sup> Por el razonamiento que hemos acogido y por las características del supuesto, *vid.* la muy interesante STSJ Andalucía de 10-12-2008. Para un supuesto en donde el Tribunal rechaza el despido por falta de acreditación de la crisis económica municipal por parte del Ayuntamiento canario de Villa de San Andrés

Administraciones “*deben atender a una racionalización en el gasto de los servicios que ofrecen*”<sup>8</sup>. Un excesivo endeudamiento de la entidad puede justificar la adopción de medidas, que la jurisdicción ha considerado organizativas pero en el fondo también económicas, dirigidas a disminuirlo<sup>9</sup>, aunque en ocasiones puede tratarse de la supresión de un determinado servicio prestado por la Administración<sup>10</sup>.

- sin embargo debemos destacar que todo lo anteriormente dicho debe valorarse desde el prisma de que se trata de una Administración y no una empresa privada. Por tanto, valores como viabilidad futura, superación de la crisis, etc..deben observarse bajo una luz distinta. La jurisdicción ha sido expresiva al señalar que

*“las peculiaridades derivadas del hecho de que la empleadora es una sociedad pública sin ánimo de lucro que se dedica a la ejecución de programas de actuación social subvencionados, impide que puedan aplicarse los criterios ordinarios de las empresas privadas, en orden a valorar la razonabilidad de la medida como elemento adecuado para superar las dificultades organizativas en que pudiere encontrarse como consecuencia de las circunstancias concurrentes en el sector productivo y de mercado al que pertenece”*<sup>11</sup>.

- sin embargo, también debe destacarse que la jurisdicción considera que las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción no pueden contemplarse solo bajo una perspectiva puramente economicista; será necesario que contribuyan a superar una situación económica negativa o garantizar la viabilidad futura de la entidad y del empleo. No es suficiente, pues, el mero hecho de la amortización de los puestos por vía de las relaciones de puestos de trabajo o plantillas, sino que en último extremo los

---

y Saucedo, que afectaba a seis empleados laborales y en donde surgen elementos discriminatorios en la decisión, vid. STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 15-9-2004.

<sup>8</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 27-9-2001.

<sup>9</sup> STSJ Aragón de 8-5-1999.

<sup>10</sup> La STSJ Cataluña 10-12-2003 acepta como causa la decisión del Pleno municipal de suprimir la Escuela de adultos y amortizar las plazas, al ser un acuerdo adoptado por el órgano competente en el ejercicio de sus facultades y siguiendo el procedimiento establecido.

<sup>11</sup> STSJ Cataluña 16-1-2007.

tribunales de justicia deberán analizar su acomodo a Derecho y en base a la normativa y a la jurisprudencia<sup>12</sup>. Y aún más, en el caso de las entidades locales, aunque nada impide su aplicación de las citadas causas, estas deberán ser estudiadas conforme a la naturaleza pública: “*con distinto alcance que en el ámbito de la empresa mercantil, pues no es el ámbito de lucro, sino el interés general o el servicio público, lo que constituye su causa y finalidad*”<sup>13</sup>.

- la existencia de una especial sensibilidad a que el uso de las causas del art.51 o 52.c no enmascare medidas de discriminación constitucional, ante lo cual la jurisdicción habitualmente recuerda que no será factible el despido si el trasfondo real del supuesto son razones de filiación sindical o especialmente de carácter político o el habitual cambio de equipos de gobierno tras un proceso electoral o una moción de censura<sup>14</sup>.

## **2.- LA SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS PACTOS O ACUERDOS DE FUNCIONARIOS ANTE SITUACIONES DE CRISIS**

Supuesto previsto en el art.38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y que implica una novedad legal; comporta que aunque la Ley garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, se permite una excepción: “*salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas*”, los órganos de gobierno de cada Administración “*suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público*”. En este supuesto, la Administración deberá informar a las organizaciones sindicales de las causas de suspensión o modificación.

---

<sup>12</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 27-9-2001.

<sup>13</sup> STSJ Aragón de 8-5-1999 recordando que ya el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de julio de 1996 y 18-7-1998, ya defendieron la aplicación de los arts.51 y 52 a los entes locales.

<sup>14</sup> De nuevo, este razonamiento se localiza en la STSJ Comunidad Valenciana de 27-9-2001, si bien para el supuesto en concreto rechánzandolo. Detectando motivos discriminatorios, *vid.* STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 15-9-2004.



Su aplicación más destacada ha sido a través del R.D.Ley 8/2010 de 20 de mayo. Textualmente, la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley, en cuanto a la inaplicación de los incrementos retributivos pactados con los sindicatos y luego incorporados en la Ley de Presupuestos para 2010, señala que “*el Consejo de Ministros ha acordado a través del presente Real Decreto Ley, al amparo de lo dispuesto en el art.38.10 de la Ley 7/2007 (...) suspender parcialmente la aplicación de las cláusulas del acuerdo con contenido retributivo*”.

Este precepto abre una importante vía pero también de un alcance problemático, en el que se pueden destacar distintos aspectos, a falta todavía hoy de jurisprudencia que lo trate y de la escasa doctrina que a la cuestión se ha referido. Sin embargo, podemos extraer algunas precisiones concretas sobre las cuales las Administraciones Públicas precisamente en un momento de crisis económica que las afecta en gran medida, deben tener en cuenta:

- a diferencia del derecho laboral, donde es posible la extinción o suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y en donde, si no se traspasan los lindes de empleados afectados el despido puede llevarse a cabo como “*despido objetivo*” al amparo del art.52.c) y en caso de que sea superior a través el art.51 a través del denominado “*expediente de regulación de empleo*”, fórmula de suspensión o extinción de los contratos de trabajo que ha sido aplicado ya en algunas Corporaciones locales a lo largo del 2009 y 2010, no existe en el derecho de la función pública una opción equivalente para el funcionariado, excepción hecha de la excedencia forzosa, que no implica sin embargo pérdida definitiva de la condición de funcionario.
- por otro lado, el derecho laboral prevé que las cláusulas de descuelgue salarial en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa<sup>15</sup>; en cambio ello no parece previsto para los funcionarios y acaso tiene una

---

<sup>15</sup> Art.82.3 del ET. En este caso, el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa puede fijar las “*condiciones y procedimientos*” por los que puede dejarse de aplicar el régimen salarial previsto, siempre y cuando las empresas incurran en una “*estabilidad económica [que] pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación*”.

mínima o nula aplicación para el personal laboral dado que aquello está previsto en la negociación supraempresarial y sólo acaso sería trasladable a las Administraciones sin convenio colectivo propio y que les fuera aplicable el correspondiente sectorial privado, pero difícilmente practicable sin son diversos los convenios a aplicar en una misma entidad local, o bien los intentos ya exploratorios de Acuerdos firmados en algunas Comunidades Autónomas (Valencia, Madrid) de aplicación por adhesión o directa (caso de la Comunidad de Madrid) de las Corporaciones que integran la Federación de Municipios respectiva.

- por consiguiente, el art.38.10 del EBEP es un precepto que se parece –con las lógicas salvedades que no son pocas- relativamente al art.82.3 del ET, pero con unas consideraciones especiales:
  - a) no cualquier circunstancia puede ser alegada, sino exclusivamente cuando acontezcan “*circunstancias económicas*” que hayan sido alteradas sustancialmente desde el momento en que se formalizó el Acuerdo o Pacto y un momento dado posterior que será el de su aplicación específica o cuando y aplicándose se considere que no puede proseguirse en esa aplicación. Además, debe darse también una “*causa grave de interés público*” derivada de esa alteración sustancial de las circunstancias económicas. Corresponderá al órgano que firmó o ratificó el acuerdo o pacto en la Administración apreciar la existencia de aquella y deberá, lógicamente, hacerlo de forma motivada.
  - b) la consecuencia de ello es que la decisión queda limitada previsiblemente en el tiempo; de ahí que el art.38.10 se refiera a “*suspensión*”, pero puede deducirse también que se “*modifique*”, lo que implicaría no un espacio temporal limitado sino una decisión con voluntad de permanencia en el tiempo.
  - c) ninguna referencia a negociación colectiva aparece en el art.38.10, pero está claro que las organizaciones sindicales deben ser informadas y no parece desacertado que en este trámite haya un intercambio de

información, modulación, concreción, adopción de acuerdos etc.e incluso un pacto de nueva negociación. Equivaldría, salvando las debidas distancias, al trámite de negociación previa que fija la ley en los expedientes de regulación de empleo en el ámbito del derecho laboral.

- d) a diferencia del art.82.3 del ET, el EBEP no se centra exclusivamente en el régimen salarial, sino que la suspensión o la modificación puede abarcar otros supuestos, como así lo acredita por ejemplo la opción que el legislador cántabro ha efectuado y que a continuación detallaremos a modo de ejemplo.

Efectivamente, en algún supuesto esta posibilidad ha sido asumida por la ley antes del conocidísimo RDL de mayo de 2010, previendo la suspensión condiciones previstas en Acuerdos firmados entre la Administración y las organizaciones sindicales, como ha acontecido con la Ley 5/2009 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales de Cantabria para el 2010, que suspende la aplicación de aquello pactado en cuanto a ayudas sociales, amparándose en *“alteración sustancial de las circunstancias económicas”* e instituyendo que pueda levantarse tal suspensión *“en el caso de que se produzca una nueva alteración sustancial de las circunstancias económicas”* que motivaron la suspensión<sup>16</sup>.

### **3.- POLITICAS DE EMPLEO EN SITUACIÓN DE CRISIS. LA JUBILACIÓN FORZOSA POR RAZÓN DE EDAD DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO MEDIDA DE POLITICA DE PERSONAL**

---

<sup>16</sup> Art.23.8 de la Ley de Cantabria 5/2009 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad para el año 2010 (BO de Cantabria de 30-12-2009).

Muy a menudo se produce la confusión en nuestras Administraciones entre el “derecho” a la prestación de jubilación con la “obligación” de jubilarse y también en no pocas ocasiones el régimen jurídico de los funcionarios sobre jubilación por edad se aplica al personal laboral, sin que ello sea jurídicamente factible sin más. En las próximas líneas nos aproximaremos al régimen jurídico vigente sobre la jubilación forzosa de los trabajadores por razón de edad y a sus más significativas particularidades en la aplicación a las Administraciones.

### **1.- Inaplicación del EBEP al personal laboral.**

El EBEP regula en el Título IV la “adquisición” y la “pérdida” de la relación de servicio. Pero si bien el capítulo I, titulado del “acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio” trata –aunque no de forma absolutamente homogénea- del acceso a la condición de funcionario y personal laboral, el capítulo II, sobre la “pérdida de la relación de servicio” se refiere exclusivamente a los funcionarios, de tal manera que el art.67 (“jubilación”) únicamente regula la jubilación de los funcionarios, una de las cuales es la “forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida” (art.67.1.b), que se declara de oficio al cumplir aquellos los 65 años de edad, si bien es factible la prolongación del servicio hasta los 70 años, en las condiciones que marque la ley en cada momento –la regulación actual o la que el futuro fijen las leyes de función pública de desarrollo del EBEP, según art.67.3 de este texto legal-.

Esta normativa no puede aplicarse en ningún caso analógicamente al personal laboral de la Administración, lo que no impide sin embargo que sí pudiera aplicarse si se dan las condiciones que más adelante describiremos –a través de negociación colectiva-. En consecuencia, el régimen jurídico de la jubilación forzosa por razón de edad debe buscarse en otra norma, el Estatuto de los Trabajadores (ET).

### **2.- La regulación del Estatuto de los Trabajadores.**

La regulación de la hipotética jubilación forzosa se localiza en la DA 10ª del ET, según redactado dado por la Ley 14/2005 de 1 de julio (BOE de 2-7-2005),

después de un largo itinerario legal y jurisprudencial sobre las posibilidades de jubilar forzosamente a los trabajadores por razón de edad, que tiene su origen mismo en el primigenio ET de 1980.

El régimen jurídico vigente actualmente es el mencionado y por ello debemos destacar los diferentes aspectos del mismo, en algunos supuestos no siempre de fácil concreción.

### **3.- Los requisitos de jubilación de los trabajadores.**

El ET en ningún caso fija una edad de jubilación forzosa ni, tampoco, posibilidad de prolongación del servicio de los trabajadores a partir de determinada edad. Y dado que el ET es aplicable al personal laboral y que el EBEP no fija ninguna excepción a esa aplicación, cualquier posibilidad de regulación pasa por lo que dispone el referido Estatuto de los Trabajadores.

En concreto, la DA 10<sup>a</sup> señala tres criterios para que sea válida una cláusula de jubilación forzosa por edad de un trabajador:

a) que lo prevea así expresamente un convenio colectivo. Por consiguiente, deberá estar recogido en el convenio colectivo de la respectiva entidad local o, en el supuesto de ausencia de convenio, por el convenio colectivo sectorial aplicable a cada rama de actividad del personal de la Administración. Como cada vez es más general la negociación colectiva laboral en el mundo local, la norma más usual para regular esta jubilación será precisamente el convenio propio.

b) el trabajador a jubilar deberá acreditar el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, que es a los 65 años. Por tanto, no es factible fijar edades inferiores, como con anterioridad a la Ley 14/2005 algunos convenios colectivos instituían y la jurisprudencia había corroborado.

c) que además de los anteriores requisitos, se cumplan otros requisitos de carácter empresarial (política de empleo) e individual de cada trabajador (tener derecho a la pensión de jubilación contributiva).

#### **4.- La regulación en convenio colectivo.**

El ET no prevé alternativa a esta posibilidad. Por consiguiente, no puede fijarse por contrato de trabajo ni tampoco incorporarse a las bases de la convocatoria de selección instituyendo una remisión al EBEP o normativa funcionarial.

Puede suceder que la Administración tenga convenio propio que incorpore esa cláusula, si bien ésta puede ser anterior a la entrada en vigor de la Ley 14/2005 de 1 de julio o posterior.

Aunque cada vez son menos los aún vigentes con anterioridad a esa fecha, el ET señala que –para superar un conflictivo camino judicial iniciado el año 2001- que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la Ley 14/2005 que incorporasen la jubilación por razón de edad se considerarán válidas y aplicables si el trabajador afectado tuviera cubierto el período mínimo de cotización a la Seguridad Social y cumpla el resto de requisitos para la jubilación contributiva. A pesar de que literalmente la DA 10ª ET no lo requiere, nuestro Tribunal Supremo entiende que también en estos supuestos es preciso que en el Convenio Colectivo anterior a tal fecha se vinculara la jubilación forzosa a “*objetivos coherentes con la política de empleo*” de la empresa (STS 22-12-2008).

Si la cláusula corresponde a un convenio posterior a la Ley 14/2005, habrá que estar a lo previsto en la DA 10ª ET con carácter general.

#### **5.- Los requisitos a cumplir por los trabajadores afectados.**

La aplicación de la cláusula de jubilación sólo será factible si se dan diversos requisitos en cada trabajador individualmente considerado. En primer lugar, que se trate de un empleado laboral que cumpla 65 años, como mínimo, al ser

esta la edad ordinaria de jubilación en la normativa de Seguridad Social. En segundo término, que el trabajador tenga cubierto el periodo mínimo de cotización (15 años), si bien el convenio colectivo podrá exigir un período superior. Finalmente, cumplir todos los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

## **6.- La política de empleo prevista en convenio colectivo.**

Además de los requisitos señalados, la DA 10ª ET obliga a que el convenio colectivo que fije una edad de jubilación deberá vincularse “*a objetivos coherentes con la política de empleo*”, que deberán expresarse en la referida norma convencional. Orientativamente, la DA 10ª señala cuáles pueden ser esos objetivos:

- la mejora de la estabilidad en el empleo.
- la transformación de contratos temporales en indefinidos.
- el sostenimiento del empleo.
- la contratación de nuevos trabajadores
- y, finalmente, como cláusula de cierre –muy ambigua- cualquier objetivo que se dirija “*a favorecer la calidad del empleo*”.

La legalidad de tal previsión ha sido incluso validada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 16 de octubre de 2007, que la considera compatible con las directivas comunitarias que prohíben la discriminación por razón de edad, porque implica una medida justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y el mercado de trabajo y por que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resultan inadecuados e innecesarios.

Se hace preciso en este momento determinar el contorno de los referidos “*objetivos*”, para que el lector pueda en la gestión de los recursos humanos tener una noción lo más próxima posible a las tesis que actualmente defiende la jurisprudencia:

- en primer lugar, la relación de objetivos descritos por la DA 10ª no es “*numerus clausus*”, sino que debe tomarse a modo orientativo o de ejemplo.

- tal política de empleo no requiere forzosamente que el trabajador jubilado sea sustituido, en su puesto dejado vacante, por un nuevo empleado, sino que la interpretación es mucho más amplia y puede comprender tres grandes áreas: estabilidad, sostenimiento e incremento de la calidad del empleo.

- quizá la mayor ambigüedad se da en la expresión “*calidad del empleo*” y en este sentido es interesante señalar que la jurisprudencia incorpora dentro de estas medidas una pluralidad de supuestos, como pueden ser la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar o la implantación de innovaciones tecnológicas, entre otras, “*que repercutan en la bondad del empleo*” (STS 22-12-2008).

- se requiere una concreción de esos objetivos, que no pueden limitarse a una reproducción de la ley o la expresión de formas vagas, sino que es preciso que aparezcan de manera concretamente especificada, “*alejada de hueca retórica*”. Por ello, no es suficiente que en el convenio colectivo haya incorporadas medidas de política de empleo: es necesario que éstas aparezcan en la norma convencional, de forma expresa, vinculadas a la jubilación forzosa, aunque no es imprescindible que aparezcan en el mismo precepto que regula tal jubilación, sino que pueden indicarse en los artículos que se refieran a la política de empleo y se vinculen de forma inequívoca y relacionada, con tal jubilación forzosa.

A nadie se le escapa que es precisamente esta última obligación de “*política de empleo*” la que comporta mayores dificultades a las Administraciones, por cuanto los términos del precepto están redactados en clave de empresa privada (transformación de contratos temporales en fijos, sostenimiento del empleo, mejora de la estabilidad o favorecimiento de la calidad del empleo), lo que conlleva también plantear si esta exigencia de la DA 10ª ET es contradictoria con las leyes de empleo público y presupuestarias que fijan



criterios restrictivos generalmente en el ámbito de la incorporación de nuevos empleados o que la estabilidad en el empleo o la transformación de temporales en fijos debe enmarcarse en un proceso selectivo público. Ello nos obliga a cerrar el presente apartado con una reflexión sobre la aplicación o no de la DA 10ª ET a las Administraciones Públicas.

## **7.- ¿Son aplicables los requisitos de política de empleo a las Administraciones Públicas?**

En dos sentencias de idéntica fecha (22 de diciembre de 2008) aparecen reflejados votos particulares (con antecedentes en la STS de 14-5-2008) que consideran que tales requisitos no son exigibles a los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas.

Precisamente en el RCU num.3460/2006 se hace un prolijo detalle de las razones que permiten abogar por tal exclusión y que podemos resumir en el hecho de que la política de empleo de una entidad pública tiene una proyección normativa externa de obligado cumplimiento –también para las Corporaciones locales- que se derivan de las Leyes de Presupuestos y las normas que regulan la selección y las ofertas de empleo público.

Por esta razón en el voto particular mencionado se defiende que el convenio colectivo del personal laboral no necesariamente debe contener más precisiones en materia de empleo por cuanto tal vinculación se da en los principios de acceso a la función pública, incorporados también en la Ley de Presupuestos, que además fija de forma ya habitual límites en las tasas de reposición de efectivos así como en otras normas (caso del EBEP) que regulan el acceso al empleo público de personas con discapacidad, la consolidación del empleo temporal o la reducción de la precariedad, máxime cuando –como fue objeto en las sentencias señaladas-, en el convenio colectivo de referencia aparecían expresamente estas previsiones, como así sucede también en la mayoría de convenios de Administraciones Públicas.

Y, siguiendo esta lógica, aunque nada se dijera tampoco, el voto particular referido señalaba que *“aunque el convenio en cuestión se hubiera limitado a establecer la jubilación forzosa a los 65 años de edad, sin ninguna otra contrapartida expresa que no fuera la posibilidad de que el trabajador afectado accediera a la pensión de jubilación, la solución (...) sería la misma porque, tratándose del Estado como empleador (...) cualquier precisión en torno a políticas de empleo en el propio convenio resultaría innecesaria, dado el sometimiento a la legalidad de la Administración en general”*.

Desafortunadamente, este no ha sido el criterio mayoritario del Tribunal Supremo –y así calificamos tal decisión por las mismas razones que el propio Tribunal alega porque la concreción de la DA 10ª deviene muy dificultosa-; al contrario, con una argumentación más reducida, la jurisprudencia ha concluido que la Administración Pública –y por tanto nuestras Corporaciones locales- no está eximida de la aplicación de la DA 10ª del ET. Al respecto, se efectúan dos reflexiones:

- las Administraciones Públicas, cuando contratan laboralmente, están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores. Afirmación que, como todos sabemos a la luz del EBEP es, en no pocas ocasiones, incierta cuando no falsa. Pero en el caso en cuestión, el Tribunal Supremo no establece distinción y de forma lapidaria así concluye.

- si el Parlamento hubiese querido exceptuar a la Administración, así lo hubiera indicado expresamente, eximiéndola de la contrapartida –política de empleo- o bien instituyendo que la vinculación a tal política se entiende por cumplida de forma general con la que se deriva de las ofertas de empleo público. Evidentemente ello no sucede en la DA 10ª ET.

Tales afirmaciones obligan sin embargo a la jurisprudencia a efectuar dos consideraciones que nos parecen importantes, pese a que se mantiene la conclusión anterior:

- que no sería irrazonable una *“cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo”* en el caso de las Administraciones Públicas, ya que no puede obviarse las limitaciones que fijan las normas de empleo público y, en especial, las leyes presupuestarias. Sin embargo, las sentencias no concretan ni trazan las líneas que pudieran incorporarse en este sentido en los convenios colectivos.

- y como consecuencia de lo anterior, la gran dificultad que supone incorporar en la Administración el cese forzoso por edad y su condicionante con políticas de empleo, por cuanto la negociación se hace en base a un convenio colectivo de personal laboral y la política de empleo público, derivado de la ley, se aplica a un ámbito mucho más extenso, hasta el punto de que el Tribunal Supremo afirma que ello es *“un claro obstáculo para la aplicación –en los sectores públicos- de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005”*.

Nuestro parecer pasa por concretar la hipotética actuación de las Administraciones Públicas en base a tres principios básicos:

- cualquier medida de jubilación forzosa debe ampararse en lo previsto expresamente en el convenio colectivo de la entidad, que podrá fijar opciones diversas o establecer más o menos requisitos siempre y cuando se respeten los mínimos instituidos en la DA 10ª ET, incluida una remisión a régimen jurídico equivalente al de los funcionarios locales. Una jubilación forzosa por razón de edad no amparada en el convenio colectivo supone el riesgo cierto de una demanda por despido improcedente.

- las cláusulas de jubilación forzosa, incluso aquellas que repitan redactados idénticos a la de los funcionarios, deben ir unidas siempre a políticas de empleo –lo cual sin embargo no se exige en ningún caso para los funcionarios-, que deben concretarse específicamente en el Convenio Colectivo, ya sea en el articulado sobre jubilación o bien en las medidas dedicadas expresamente a la referida política de empleo. Si ésta última es la opción elegida, el Convenio debe fijar los contenidos de vinculación de aquella con la jubilación forzosa, como por ejemplo estipular que el puesto de cada trabajador jubilado será

cubierto por un trabajador fijo previa inclusión en la Oferta de Empleo Público o que anualmente se ofrecerán por promoción interna tantos puestos como aquellos que queden vacantes a consecuencia de jubilaciones por esta razón, por citar algunas de entre muchas acciones específicas que pueden localizarse en normas convencionales.

- la dificultad evidente que “*los objetivos coherentes con la política de empleo*” únicamente se incorporen desde una perspectiva laboral, dejando a un lado al personal funcionario. Por ello, tratar tal política de empleo en la Mesa de materias comunes sería una solución coherente y adecuada, si bien dada la actual redacción de la DA 10ª ET, su concreción –para el personal laboral– deberá hacerse siempre y en todo caso a través de Convenio Colectivo.

Barcelona, 30 de mayo de 2010.