



## ANÁLISIS DE LEGALIDAD, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, DE LA SITUACIÓN DE LA POLICÍA LOCAL DE CATALUÑA EN RELACIÓN AL PASE A SEGUNDA ACTIVIDAD.

### Resumen de los hechos

Al personal de la Policía Local catalana a quienes les sobreviene una discapacidad y les es reconocida una situación de incapacidad permanente, les son negados el derecho al paso a segunda actividad.

La segunda actividad está pensada para aquellas y aquellos policías que tengan disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario, de forma que pasan a la situación de segunda actividad. Incluso si esto no fuera posible pasarían a actividades complementarias.

Los motivos que dan lugar a esta denegación pueden derivar de:

- a) Inexistencia de reglamento que regule el derecho al pase a segunda actividad reconocido por la Llei catalana 16/1991 de 10 de julio de policías locales, o por la existencia de reglamento que limita expresamente dicha posibilidad
- b) El hecho de que la declaración de incapacidad permita iniciar de oficio la jubilación, con lo que dictaminada ésta, al perder la situación de activo no pueden optar a la mencionada segunda actividad.

Por otra parte, en el caso de poder acceder a segunda actividad desde la situación de jubilación por incapacidad, se les negaría el derecho a compatibilizar la retribución con la percepción de la prestación por incapacidad.

### Hechos

1. **El derecho a la valoración para el pase a segunda actividad no se garantiza a las y los policías con incapacidad permanente reconocida, bien porque se excluye esta opción en el reglamento, bien por falta de regulación reglamentaria. Estas situaciones se entienden ajustadas a derecho por las diferentes sentencias judiciales.**

#### 1.1 Normativa relativa a pase a segunda actividad

La Llei catalana 16/1991 de 10 de julio de policías locales reconoce el derecho a solicitar el pase a segunda actividad, en base a la edad o por disminución de la capacidad, en su art. 43 establece que:

1. Los policías locales que según dictamen médico o per razón de la edad, que en ningún caso puede ser inferior a cincuenta y siete años, tengan disminuida

su capacidad para cumplir el servicio ordinario pasan a la situación de segunda actividad, de conformidad a lo que establezca el reglamento municipal correspondiente.

2. Por regla general, los policías locales desarrollan la segunda actividad dentro del mismo cuerpo al que pertenezcan, desarrollando otras funciones de conformidad a su categoría, si no fuera posible, bien por falta de plazas, bien por motivos de incapacidad propia, pueden pasar a prestar servicios complementarios.

3. El paso a la situación de segunda actividad no puede implicar una disminución de las retribuciones básicas ni del grado personal del afectado.

Por otra parte, para el examen médico, el art. 44 del mismo texto normativo establece que:

1. El tribunal que ha de emitir el dictamen médico al que se refiere el art. 43.1 se ha de componer de tres médicos, uno designado por el Ayuntamiento, uno designado por el interesado y uno escogido por sorteo entre los facultativos del Servicio Catalán de Salud que tengan conocimientos idóneos en relación al tipo de afectación o enfermedad que padezca el interesado.
2. Los médicos del tribunal pueden ser recusados por causas de parentesco con el interesado, hasta el cuarto grado de consanguinidad o hasta el segundo de afinidad, por amistad íntima o enemistad manifiesta con el interesado o por falta de la idoneidad requerida.
3. El tribunal debe emitir dictamen médico por mayoría y ha de elevar, acompañado del parecer del facultativo que discrepe en su caso, al órgano municipal correspondiente para que adopte la resolución pertinente, contra la que se podría interponer los recursos que determine la legislación vigente en materia de régimen local.

### 1.2 Posibilidad de acogerse a segunda actividad: normativa y práctica judicial

En relación a la segunda actividad el tenor amplio de la norma en cuanto a la posibilidad de pase a segunda actividad, permitiría pensar que está abierto a cualquier pérdida de capacidad sin entrar en gradación o situaciones administrativas de incapacidad permanente. Sin embargo, las y los policías locales en situación de incapacidad permanente se encuentran frente al hecho de no reconocerseles la opción de pase segunda actividad. Esta situación se produce tanto por desarrollos reglamentarios que acotan, limitando, que les sea de aplicación la ley o por la inexistencia de desarrollos reglamentarios que permitan acogerse a dicho derecho reconocido legalmente. Además de esta práctica administrativa, se está consolidando esta tendencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de lo Contencioso Administrativo de Cataluña.

En relación a los desarrollos reglamentarios municipales que excluyen el pase a segunda actividad a las y los policías locales en situación de incapacidad permanente

Declarado de Utilidad Pública C.I.F.: G-81639759

*Cruz de Oro de la Orden Civil de la Solidaridad Social (1999) / Medalla de Oro de la Cruz Roja Española (2003) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Civil (2006)  
Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2006) / Placa de Honor de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio (2006)  
Gran Cruz de la Orden Civil de la Solidaridad Social (2006) / Encomienda de Número de la Orden de Isabel la Católica (2007) / Medalla al Mérito del Transporte Terrestre (2008)  
Cruz Distinguida de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2008) / Placa de Honor de la Orden de Isabel la Católica (2008) / Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo (2008)  
Gran Cruz de la Orden Civil de Sanidad (2009) / Premio IMSERSO Infanta Cristina al Mérito Social (2010) / Gran Placa de la Orden Civil del Mérito de Telecomunicaciones  
y de la Sociedad de la Información (2011) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Constitucional (2011) Premio Internacional Franklin Delano Roosevelt (2012) / Premio  
Extraordinario de Defensa (2013)*







En relación a la Ley 2/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), su ámbito de aplicación incluye a la Policía Local: "Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad" (art. 3.2). Este texto también establece que se pierde la condición de funcionario por su jubilación total (art. 63), y que la misma puede ser: "por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala (art. 67 c)". También prevé la posibilidad de rehabilitación de la condición funcional por causa de jubilación por incapacidad permanente para el servicio cuando, desaparecida la causa objetiva que la motivó, se solicite dicha rehabilitación, que le será concedida (art. 68).

Sin embargo, hay que tener presente que a la Policía Local le es aplicable el Régimen General de la Seguridad Social. El Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el cual se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, previó en su art. 1 que:

El personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviera incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local quedará integrado con efectos del 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por otra parte la propia ley 7/2007 establece en su art. 14 el derecho a la jubilación de conformidad a la normativa aplicable (apartado n), y por otra parte a las prestaciones de Seguridad Social del régimen que le sea aplicable (apartado o).

Ante esta situación, la sentencia 988/2013 del Tribunal Superior de Justicia de la Sala de lo Contencioso nº 3 de tres de octubre de 2013, asume que la situación de incapacidad permite la aplicación del art. 63.1 c) del EBEP, y por tanto la jubilación, y que desde dicha situación es imposible la petición de segunda actividad por cuanto se ha perdido la condición funcional, y la segunda actividad es sólo para personal en activo. Esta sentencia cita y aplica la sentencia que es considerada doctrina, que es la 183/2013 del Tribunal contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, precitada y notada anteriormente.

También la sentencia 251/11 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Girona de 21 de julio de 2011, abunda y extiende la argumentación de que la incapacidad genera la situación de jubilación y por tanto imposibilita el pase a segunda actividad. Para ello amplía fundamentación jurídica invocando el RDL 781/1986 de Bases Régimen Local (art. 139), el Decreto Legislativo 1/1997 de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública (arts. 35 y 38), así como los artículos 230 y 233 del Decreto 214/90 de 30 de julio.

Declarado de Utilidad Pública C.I.F.: G-81639759

Cruz de Oro de la Orden Civil de la Solidaridad Social (1999) / Medalla de Oro de la Cruz Roja Española (2003) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Civil (2006)  
Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2006) / Placa de Honor de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio (2006)  
Gran Cruz de la Orden Civil de la Solidaridad Social (2006) / Encomienda de Número de la Orden de Isabel la Católica (2007) / Medalla al Mérito del Transporte Terrestre (2008)  
Cruz Distinguida de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2008) / Placa de Honor de la Orden de Isabel la Católica (2008) / Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo (2008)  
Gran Cruz de la Orden Civil de Sanidad (2009) / Premio IMSERSO Infanta Cristina al Mérito Social (2010) / Gran Placa de la Orden Civil del Mérito de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (2011) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Constitucional (2011) / Premio Internacional Franklin Delano Roosevelt (2012) / Premio Extraordinario de Defensa (2013)

La sentencia 242/12 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 5 de Barcelona de 17 de julio de 2012, también entiende que la declaración de incapacidad por parte del INSS es causa de jubilación forzosa, y por tanto imposibilita el pase a segunda actividad.

En relación a las normativas citadas en las sentencias, el 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, su art. 138. 1 e), establece la pérdida de condición funcionarial por jubilación forzosa o voluntaria, y en relación a la jubilación establece que se podrá instar de oficio por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones. Por su parte el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, establece dentro de su ámbito de aplicación al personal de las corporaciones locales situadas en el territorio de Cataluña, en los términos que establece la legislación sobre función pública local (art. 2.2 c), y, en relación a la pérdida de dicha condición incluye la causa de jubilación forzosa o voluntaria (art. 35). Sobre la jubilación forzosa establece que podrá instarse de oficio o a petición del funcionario cuando se halle en situación de incapacidad permanente para cumplir sus tareas o en estado de inutilidad física o de debilitación de sus facultades que le impidan ejercer correctamente sus funciones. En el caso de que la funcionaria o el funcionario estén en el Régimen General de la Seguridad Social, se estará a lo que se determine para estos casos en dicho sistema de previsión (art. 38.2). La misma regulación se contiene en el Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las Entidades Locales, el art. 230 e) establece la pérdida de la condición de funcionario por causa de jubilación forzosa por incapacidad, y el art. 233 permite el inicio del expediente de jubilación por motivo "de incapacidad permanente para cumplir sus tareas o en un estado de inutilidad física o de debilitamiento de las facultades que le impidan ejercer correctamente las funciones. En el supuesto de que el funcionario esté acogido al régimen general de la Seguridad Social, se estará a lo que determina para estos casos este sistema de previsión".

Conforme se ha visto, a la Policía Local le es aplicable Régimen General de la Seguridad Social en el ámbito prestacional, pero no en lo relativo al sentido y contenido de la jubilación que contiene la precitada norma. Cuestión que la sitúa en un ámbito, en cuanto menos, indeterminado.

### **3. Manifestación de incompatibilidad de prestación por incapacidad permanente y la retribución correspondiente al desarrollo de segunda actividad. Definido así por sentencias judiciales.**

Existen sentencias que tras denegar la posibilidad del pase a segunda actividad por situación de jubilación derivada de la declaración de incapacidad, han establecido que en todo caso sería incompatible la percepción de la prestación por incapacidad (que equiparan a pensión por situación de jubilación) con la de retribución.

Esto se entiende así de conformidad a lo establecido por los arts. 1.2 y 3.2 de la ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidad del personal al servicio de las AAPP, en conexión con lo establecido en el art. 332.1 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las Entidades locales, que establecen la incompatibilidad entre la pensión por jubilación o retiro, por derechos pasivos reconocidos por cualquier régimen de la Seguridad Social, con el ejercicio de otro puesto de trabajo dentro de la Administración pública con cargo a presupuestos públicos y demás normas concordantes, artículos 2 c) 35 d), 38.2 y 49 e) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, que refunde en un texto único la ley de la función pública de la Administración de la Generalitat de Catalunya, en relación con lo establecido en el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley General de clases pasivas del estado (sentencia 242/12 del Juzgado contencioso administrativo de nº5 de Barcelona de 17 de julio de 2012; sentencia 251/11 del Juzgado contencioso administrativo nº1 de Girona, de 21 de julio de 2011).

En relación a las normas citadas, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece la mencionada incompatibilidad (art. 1.2 y art. 3.2):

3.2. El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

Sin embargo, el texto refundido de clases pasivas del Estado ha tenido una evolución hacia el reconocimiento de la compatibilidad de la jubilación con el desarrollo de actividades profesionales cuando exista capacidad tras la declaración de incapacidad, y que la persona pueda ser dado de alta en cualquier régimen de Seguridad Social. Si atendemos a su primera reforma del año 2008, encontramos que:

Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

Artículo 33. Incompatibilidades.

2. Asimismo, el percibo de las pensiones de jubilación o retiro será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que de lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social.

No obstante, en los términos que reglamentariamente se determine, en los supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado. En este caso, y mientras dure dicha situación,

el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75 por ciento de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55 por ciento, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro.

Y en la reforma del año 2013 se ahonda, con sus limitaciones, en esta senda.

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.

3. El percibo de las pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que de lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social.

No obstante, en los términos que reglamentariamente se determine, en los supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado. En este caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida, se reducirá al 75 por ciento de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55 por ciento, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro.

Algunas de las sentencias denegatorias del derecho a compatibilidad son previas a la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social, y entienden que el reconocimiento de la incapacidad permanente implica jubilación, y por tanto pérdida de la condición de funcionaria o funcionario. Abundan en que el personal de la Policía Local en esta situación percibe la correspondiente pensión a cargo de la Seguridad Social, y en tanto que no han renunciado a la pensión, no les es de aplicación la compatibilidad entre pensión y salario conforme establece la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social, que si bien permite dicha compatibilidad entre pensión y salarios en caso de incapacidad permanente, con el condicionado que establece en su art. 3 ha entrado en vigor el día 1/1/2013, posterior, por lo que no es aplicable. También invocan el RDL 20/12 de 23 de julio, que dispone que las pensiones indemnizatorias, compensatorias y cualquier otra percepción económica derivada del cese en cualquier puesto de trabajo en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargos a los presupuestos de las AAPP, precepto éste que, en caso de ser aplicado supondría una incompatibilidad total, al provenir la pensión y el salario a percibir en 2ª actividad de los presupuestos de las administraciones públicas (sentencia 793/2013 del TSJ de Cataluña, sala de los contenciosos administrativos, sección cuarta, de 9 de julio de 2013; sentencia 988/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala de lo contenciosos administrativos,

Declarado de Utilidad Pública C.I.F.: G-81639759

Cruz de Oro de la Orden Civil de la Solidaridad Social (1999) / Medalla de Oro de la Cruz Roja Española (2003) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Civil (2006)  
Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2006) / Placa de Honor de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio (2006)  
Gran Cruz de la Orden Civil de la Solidaridad Social (2006) / Encomienda de Número de la Orden de Isabel la Católica (2007) / Medalla al Mérito del Transporte Terrestre (2008)  
Cruz Distinguida de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2008) / Placa de Honor de la Orden de Isabel la Católica (2008) / Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo (2008)  
Gran Cruz de la Orden Civil de Sanidad (2009) / Premio IMSERSO Infanta Cristina al Mérito Social (2010) / Gran Placa de la Orden Civil del Mérito de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (2011) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Constitucional (2011) / Premio Internacional Franklin Delano Roosevelt (2012) / Premio Extraordinario de Defensa (2013)

sección cuarta, de 3 de octubre de 2013; sentencia 183/2013 del TSJ de Cataluña, sala de lo contencioso administrativo sección cuarta de 13 de febrero de 2013; sentencia 789/2013 del TSJ de Cataluña, sala de lo contencioso administrativo sección cuarta, de 9 de julio de 2013).

En relación a la compatibilidad de cualquier prestación de incapacidad con el desempeño de un puesto de trabajo, esta posibilidad es incluida en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social mediante la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que en su art. 3.2 establece las siguientes modificaciones al art. 141 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio:

141.1 En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.»

141.3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley.»

En cuanto a la referencia a la incompatibilidad de prestación por jubilación con retribución, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, dentro de las medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones Públicas, en su artículo 1 establece que:

Régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares.

1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que provenga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

A estos efectos se considera también actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia.

2. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese serán, asimismo incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por Derechos pasivos, o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

El quid parece, por tanto, situado en la jubilación da paso al cese y con ello a la incompatibilidad. Sin embargo, la ley de clases pasivas, y aunque la policía local no esté en su ámbito de aplicación, sí comienza a prever como se ha visto la compatibilidad de prestaciones por IT con el desempeño de puesto de trabajo.

Si, con todas las salvedades y diferencias, se compara esta situación con la de las trabajadoras y los trabajadores que están sujetos al estatuto de los trabajadores y al régimen general de la Seguridad Social a los que les sobreviene una incapacidad permanente, encontramos que desde un punto de vista laboral, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece que la situación de incapacidad permanente puede dar lugar a la extinción del contrato laboral, pero en ningún caso el pase a situación de jubilación:

Artículo 49. Extinción del contrato.

1. e) Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.

En ambos supuestos (función pública y estatuto de los trabajadores) parece latir la incompatibilidad teórica entre incapacidad permanente y la posibilidad de trabajar en el mismo grupo o área pero con adaptación de puesto de trabajo. Cuestión que sin duda requiere un debate pues ahonda sus raíces en la equiparación entre discapacidad y falta de capacidad laboral.

## Análisis jurídico

Hay dos cuestiones clave:

- a) Exclusión del pase a segunda actividad por situación de incapacidad, sin valorar la capacidad con esa segunda actividad y si es discriminatorio.

- b) Declaración *de iure* de jubilación por causa de incapacidad (sin que se haya dado opción a valoración de capacidades en otros ámbitos, cuestión que también debe plantearse si es discriminatoria)

Las cuestiones suscitadas derivan del hecho de que la situación de incapacidad permanente, que valora la capacidad de la trabajadora o el trabajador en el desarrollo de la profesión o grupo profesional que se ejercía antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente, es tomada como causa de jubilación, sin que se haya hecho una valoración de en qué medida la situación de incapacidad permanente sería compatible con el ejercicio de la denominada segunda actividad, o incluso con cualesquiera otras para las que la o el policía local tuvieran capacidad.

Esta relación directa entre declaración de incapacidad y de jubilación, genera en cascada el resto de dificultades, que es el hecho de que la declaración de jubilación modifica la naturaleza de la prestación por incapacidad al punto de ser entendida o asimilada a una prestación por jubilación, cuestión que termina por derivar en la incompatibilidad de prestaciones.

### 1. Exclusión del pase a segunda actividad por situación de incapacidad, sin valorar la capacidad con esa segunda actividad

El análisis de la legalidad de esta denegación debe hacerse no sólo en relación a la normativa referenciada, sino que es necesario ampliar las referencias legales y aplicar todo lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto es aplicable (BOE 21 de abril de 2008), el Convenio 159 de la OIT y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

El mencionado texto en relación al empleo establece dos obligaciones indubitadas: (a) la igualdad y no discriminación; y (b) el obligatorio desarrollo y garantía por los Estados Partes del acceso y mantenimiento en el empleo.

Es necesario referenciar la Convención por cuanto la normativa en materia de empleo en la función pública no ha sido incluido dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (art. 37.3). Y porque si bien existe normativa relativa al acceso de personas con discapacidad en el ámbito de la función pública, no la hay en lo relativo a las situaciones de discapacidad sobrevenida. En este sentido el EBEP, contiene previsiones pero sólo en relación a las personas que accedan con dicha condición (art. 59):

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y

accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

En el mismo sentido se expresa el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

En relación a la igualdad y no discriminación la CDPD reconoce la prohibición de discriminación, el derecho a beneficiarse en igual medida de la ley sin discriminación, así como la adopción de medidas que aseguren la realización de ajustes razonables (art. 5 CDPD)

El concepto de ajustes razonables viene contenido en el art. 2 CDPD:

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

En el ámbito del empleo, la CDPD vuelve a reconocer el derecho a los ajustes razonables, así mismo establece la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en la continuidad en el empleo, se establece la necesaria protección a la igualdad de condiciones laborales, así como la obligación de velar por la aplicación de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y la promoción de programas de rehabilitación vocacional y profesional para el mantenimiento del empleo (art. 27).

El EBEP reconoce en su art. 14 el derecho de los funcionarios a no ser discriminados, esta previsión legal, necesariamente ha de interpretarse, de conformidad con el art. 10 de la Constitución aplicando la CDPD.

Por ello, con independencia de que existan o no previsiones normativas para discapacidad sobrevenida, la normativa que reconozca el derecho a la segunda

actividad no puede excluir de forma directa a ninguna funcionaria o funcionario en situación de incapacidad permanente (con independencia de su tipo o grado), por cuanto dicha exclusión sería discriminatoria y además, debe preverse que para el desempeño de la segunda actividad puede ser necesario la adopción de ajustes razonables, es decir, que para que puedan desempeñarla pueden ser necesarias determinadas medidas de apoyo, ya sean productos de apoyo, adaptaciones tecnológicas o informáticas, o de organización del trabajo, etc.

Todo ello no es óbice para que se efectúe la valoración de las capacidades de la persona en relación a los puestos de segunda actividad, pero en todo caso, en la medida que la valoración del INSS no es en función de esa segunda actividad no puede entenderse válida. Hay que tener presente que las declaraciones de incapacidad emitidas por el INSS valoran la capacidad en relación a la profesión habitual (art. 137.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social): "a los efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad del trabajador en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente". Por tanto no valoran la capacidad en relación a segunda actividad, valoración ésta que corresponde al equipo médico conforme establece el art. 44 de la Llei catalana 16/1991 de 10 de julio de policías locales.

Por otra parte, si la policía local o el policía local en función de su situación y pese a la previsión de ajustes razonables para el desempeño de segunda actividad no pudiera realizarla, debería tratar de buscar una adaptación de otro puesto, también dentro de lo definido por los ajustes razonables, por cuanto estos aplican tanto a la segunda actividad como a cualquier otra, como referencia la propia ley al hablar de servicios complementarios.

El Convenio 159 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas fue ratificado por España el 2 de agosto de 1990. Conforme al mismo, se establece que:

#### Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.
2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

## Artículo 2

De conformidad con las condiciones, práctica y posibilidades nacionales, todo Miembro formulará, aplicará y revisará periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

## Artículo 3

Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo.

## Artículo 4

Dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.

En relación al artículo 1.1, debe hacerse notar que la definición de discapacidad ha sido ampliamente superada, tanto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad como por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Por cuanto la discapacidad *per se* no genera exclusión sino que son las barreras, como en este caso las contenidas en la norma las que generan exclusión.

En este sentido el concepto de discapacidad, así como quiénes tienen tal condición vienen establecidos en el art. 2 y 4 respectivamente de Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social:

### Artículo 2. Definiciones.

A efectos de esta ley se entiende por:

a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

### Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En todo caso, este Convenio, obliga no sólo a la readaptación profesional sino a la revisión de las políticas en este sentido, y todo ello desde el principio de igualdad y no discriminación

## 2. Declaración de jubilación por incapacidad y pérdida de la condición funcional

La situación de incapacidad permanente abre de oficio, de conformidad con la ley, la declaración de jubilación, hecho que al provocar el cese imposibilita el pase a segunda actividad o a cualquier otra.

El análisis de esta realidad requiere una doble reflexión. Por un lado conforme se ha visto, la mera declaración de incapacidad permanente no implica la falta de capacidad para trabajar, esta falta de capacidad para trabajar en otro puesto y, en su caso, con las adaptaciones necesarias, debe ser evaluado con un informe médico ad hoc a dichas actividades.

Por otra parte, se puede pensar en la existencia de una superposición normativa, en la medida que puedan ser jubiladas y jubilados en aplicación de la normativa sobre función pública, pero aplicando una normativa que no sólo no vincula incapacidad y jubilación, sino que contempla la posibilidad de trabajar en situación de incapacidad (art. 141 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Lo que supone una suerte de incoherencia normativa. Por cuanto se equipara a jubilación lo que no es jubilación desde el texto normativo que les es aplicable. Es más, si la policía local o el policía local con prestación por incapacidad pide al INSS certificado sobre su situación de jubilación, éste le contesta en sentido denegatorio por cuanto no está ni consta como jubilada o jubilado. Por lo que la administración pública les declara en una situación de jubilación que no es reconocida por el INSS. En cuanto menos son dos conceptos diferentes de jubilación.

## 3. La prestación por jubilación supone incompatibilidades pecuniarias

Declarado de Utilidad Pública C.I.F.: G-81639759

Cruz de Oro de la Orden Civil de la Solidaridad Social (1999) / Medalla de Oro de la Cruz Roja Española (2003) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Civil (2006)  
Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2006) / Placa de Honor de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio (2006)  
Gran Cruz de la Orden Civil de la Solidaridad Social (2006) / Encomienda de Número <sup>16</sup> Orden de Isabel la Católica (2007) / Medalla al Mérito del Transporte Terrestre (2008)  
Cruz Distinguida de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2008) / Placa de Honor de la Orden de Isabel la Católica (2008) / Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo (2008)  
Gran Cruz de la Orden Civil de Sanidad (2009) / Premio IMSERSO Infanta Cristina al Mérito Social (2010) / Gran Placa de la Orden Civil del Mérito de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (2011) / Placa de Honor de la Orden del Mérito Constitucional (2011) / Premio Internacional Franklin Delano Roosevelt (2012) / Premio Extraordinario de Defensa (2013)

El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aclara que la condición de incapacidad no implica la incapacidad para trabajar, es más, la norma prevé esta posibilidad así como la compatibilidad de percibir la prestación por incapacidad y la retribución ligada a cualquier desempeño (art. 141).

En este sentido parece que la cualificación del personal funcionario en situación de jubilación modifica la naturaleza de la prestación por incapacidad, transformándola en jubilación. Aspecto que así entiende la administración pública y la de justicia, pero no el propio INSS como así se ha referenciado.

#### 4. Conclusiones

No puede definirse o aplicarse el pase a segunda actividad desde la exclusión indubitada y sin gradaciones de los que estén en situación de incapacidad permanente (con independencia del grado o tipo), pues es constitutivo de discriminación directa, por cuanto identifica un colectivo al que excluye.

Estas funcionarias y funcionarios, desde el derecho al empleo, el derecho a la readaptación del puesto de trabajo y desde el derecho a la igualdad y no discriminación, tienen derecho, como los demás que soliciten el pase a segunda actividad, a que se evalúe su capacidad en relación a dichos puestos y funciones, dentro del ámbito de su capacidad y requerimientos de los puestos y, en esta valoración, además, tienen derecho a ajustes razonables que les permita dicho desempeño, sin que en ningún caso la declaración de incapacidad sea presupuesto de su falta de capacidad para dicho desempeño.

Tanto los desarrollos normativos que limiten esta opción, como su falta dejan en una situación de vulneración de derechos al personal de la policía local que, con una situación de incapacidad permanente, requiera el pase a segunda actividad o cualquier otra.

La previsión legal de extinguir la condición funcional por motivo de declaración de incapacidad puede estimarse discriminatoria, por cuanto lo que determina la incapacidad es la imposibilidad del desempeño del puesto habitual, pero no otro, y mucho menos para segunda actividad pues está pensado para estos casos de disminución de la capacidad. Desde el principio de igualdad y no discriminación en el empleo y el derecho a los ajustes razonables, la situación de incapacidad no puede *per se* generar la situación de jubilación, es necesaria una valoración de su capacidad desde los principios de igualdad y no discriminación

Por ello no puede ligarse incapacidad a jubilación. Y por ello, si la funcionaria o el funcionario fueran aptos no estarían dentro del ámbito de incompatibilidades entre la prestación por incapacidad y la retribución por sus funciones.

