

Expediente Núm. 331/2017
Dictamen Núm. 9/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 18 de enero de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 1 de diciembre de 2017 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio del acto presunto por el que se estima la petición de prolongación de la permanencia en servicio activo de una funcionaria más allá de la edad de jubilación.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 30 de diciembre de 2016, la interesada presenta un escrito en el registro del Ayuntamiento de Avilés en el que señala que es “(funcionaria habilitada de carácter nacional) de este Ayuntamiento, Subescala Intervención Tesorería, Categoría Superior”, y que está próxima su “edad de jubilación obligatoria (...) no habiendo completado a dicha fecha el tiempo de cotización

necesario para percibir el 100 % de la prestación de jubilación (fecha en alta en activo 01-12-1984)”, por lo que, “de acuerdo con el artículo 48 del Acuerdo Regulator de las Condiciones de Trabajo de los Empleados del (...) Ayuntamiento de Avilés vigente y cumpliendo los requisitos exigidos para ello”, solicita “autorización de prórroga para continuar en activo a los efectos oportunos”.

Mediante oficio de 4 de enero de 2017, el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico le comunica que, visto el “informe emitido en relación a la cuestión planteada (...) por el Servicio (...) de Recursos Humanos con ocasión de la jubilación de otros funcionarios municipales”, y a efectos de dictar una “resolución motivada (...), deberá (...) acreditar documentalmente la cuestión que sigue mediante certificación expedida por el (Instituto Nacional de la Seguridad Social” en la que conste que “no tiene derecho a percibir el 100 % de la prestación de jubilación por falta de años de cotización”.

2. Con fecha 3 de febrero de 2017, la interesada presenta un escrito en el registro municipal al que adjunta informe de vida laboral.

3. El día 29 de marzo de 2017, el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico dicta Decreto en cuyos antecedentes de hecho se indica que la interesada ha presentado “informe de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social en el que se acreditan el número de años cotizados por la misma pero no el tanto por ciento y/o importe de la prestación de jubilación”.

En los fundamentos de derecho se señala que “la cuestión (...) ya ha sido objeto de análisis jurídico por quien suscribe, en la medida en que en distintas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (...), se determina” que estamos ante “un derecho de configuración legal previsto en el artículo 23 de la Constitución (...), ya que dicho artículo no solo se refiere al acceso a la función pública por un sistema que garantice los principios previstos constitucionalmente, sino también al mantenimiento en la condición de funcionario. Por tanto (...), dada la importancia de esta materia, y en particular

que se trata de una cuestión que podría plantearse por todos los funcionarios públicos al servicio de esta Administración (como viene sucediendo de hecho), el criterio que se fije (...) ha de ser general (...). Con fecha (...) 3 de enero de 2017 se emitió informe en el sentido que sigue, de aplicación al presente caso a efecto de resolución (...): El artículo 67.1.b) del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (...), establece que la jubilación de los funcionarios será forzosa al cumplir la edad legalmente establecida". A la vista de ello, "en el momento de cumplimiento de la edad prevista legalmente para acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor procedería declarar de oficio la jubilación forzosa del funcionario, siendo ello causa de la pérdida de dicha condición. En concreto, la edad legal de jubilación en la modalidad contributiva sin coeficiente reductor se deduce de lo regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre./ No obstante (...), el párrafo segundo del artículo 67.3" de dicha norma establece que, "en los términos de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumplan setenta años de edad. La Administración pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación". En consecuencia, "se establecen dos excepciones a la jubilación forzosa (...): Los supuestos de prolongación de la permanencia en el servicio activo concedidos a instancia de parte de forma motivada por la Administración pública (...). Los supuestos establecidos en normas estatales de específica aplicación a determinados colectivos de funcionarios". Tras subrayar la vigencia de esta regulación, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público y conforme a la jurisprudencia que cita, concluye que "la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta la edad de setenta años como máximo es (...): Excepcional, a instancia de parte (...). Se concede en los términos de

las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del (Estatuto Básico del Empleado Público) (...). Se concede por la Administración pública competente de forma motivada”.

En cuanto a las dos últimas cuestiones, razona que, no habiéndose dictado en el ámbito del Principado de Asturias “una ley de función pública en desarrollo del (Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público), no siendo de aplicación al personal municipal la regulación contenida en el Decreto 80/2014, de 28 de agosto, por el que se regula el Procedimiento para el Reconocimiento de la Prolongación de la Permanencia en el Servicio Activo del Personal del Principado de Asturias, y ello porque a pesar de haberse dictado el decreto referido como consecuencia y en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público (tal y como reza su preámbulo)” su ámbito de aplicación se limita al personal de la Administración del Principado de Asturias. Igualmente, rechaza la aplicación supletoria del artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por los motivos que explicita.

Por lo que se refiere a la motivación de la concesión o denegación, indica que, “ante la ausencia de normativa reguladora dictada por el Estado o el Principado de Asturias (...), debe ponerse de manifiesto que, si bien la prolongación en el servicio activo se configura legalmente como un derecho subjetivo del funcionario, el mismo no es absoluto, sino condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio, recayendo, pues, sobre la Administración, la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación solicitada. En el ejercicio de esta potestad administrativa, la Administración cuenta con limitaciones, tanto relativas a la exigencia de motivación como a la observancia de los derechos fundamentales y principios generales del derecho; en particular, la interdicción de la arbitrariedad. Así las cosas, la exigencia de motivación se reforzaría en el caso de denegación, y ello no solo porque ha de referirse forzosamente a criterios objetivos, sino también porque han de ser tales criterios iguales para todos los funcionarios en igual situación, pues lo contrario supondría apartarse del precedente administrativo

con conculcación del principio de igualdad (...). En el Ayuntamiento de Avilés, y a efecto de resolución de forma motivada, deben tenerse en cuenta dos normas, ambas vigentes y complementarias, por cuanto han sido dictadas por órganos distintos (Pleno y Alcaldía) sin relación de jerarquía entre ellos y en ejercicio de competencias distintas, siendo ambas susceptibles de complementarse". La primera es el "Acuerdo Regulator de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés 2008/2011 (...), aprobado por el Pleno municipal en sesión de (...) 29 de noviembre de 2008 (...), en situación de prórroga conforme a lo expresado en su artículo 4, y por tanto vigente", cuyo artículo 48 establece que "Solo se concederá la prórroga de la jubilación cuando el empleado que solicite seguir en activo no haya completado el tiempo para percibir el 100 % de la prestación de la jubilación, y ello sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de la edad de jubilación cuando lo permita la normativa de aplicación". A la vista de ello, y "dado que la prórroga se concede, en su caso, a instancia de parte, deberá acreditar quien lo solicite (...) no haber completado los años para percibir el 100 % de la prestación de jubilación, de suerte que cuando no se acredite o acreditado se compruebe que se percibiría el 100 % de la prestación de jubilación deberá procederse a la denegación". La segunda es la "Providencia de la Alcaldía municipal de 7 de febrero de 2011", que ordena "realizar todas las actuaciones administrativas necesarias en orden a que las solicitudes de prolongación de permanencia en el servicio activo que sean presentadas por los empleados públicos de este Ayuntamiento se resuelvan de forma motivada, denegando la prolongación solicitada". Dicha providencia se fundamenta en "la situación económica y presupuestaria municipal, la potestad de autoorganización del Ayuntamiento, así como lo dispuesto en el Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre (...), y lo establecido en el artículo 67.3 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público./ Teniendo en cuenta lo expresado en la referida providencia, y sin entrar en otras consideraciones sobre la misma que no serían objeto del presente informe (...), deberán resolverse motivadamente las solicitudes de prolongación en el servicio activo presentadas por todos los funcionarios

públicos del Ayuntamiento de Avilés denegando las mismas a excepción de las peticiones de los funcionarios que acrediten no tener derecho a percibir el 100 % de la prestación de jubilación por falta de años de cotización, y ello conforme a lo dispuesto en (el) Acuerdo Regulador referido en el punto primero anterior”.

Respecto al informe emitido el 3 de enero de 2017, manifiesta que “la única modificación a tener en cuenta es que con fecha (...) 24 de enero de 2017 por la Alcaldía municipal se ha dictado Providencia dejando sin efecto la anterior de fecha 7 de febrero de 2012 (*sic*), y ello ante los cambios económicos y presupuestarios producidos desde el año 2012. En la referida Providencia de (...) 24 de enero de 2017, actualmente vigente”, se dispone “resolver las solicitudes que sobre esta cuestión se presenten, aceptando o denegando la prolongación del servicio activo de forma motivada, en cada caso”. Subraya que esta Providencia de la Alcaldía “hace referencia a la motivación de la denegación o concesión, motivación que es exigible no por imperativo de la misma, sino de la legislación vigente, introduciendo únicamente como novedad la posibilidad, antes vedada (...), de resolver las peticiones de prolongación del servicio activo en sentido afirmativo `en cada caso´ y sin determinar cuál debe ser la concreta fundamentación en cada caso para (la) concesión o denegación. Lo expuesto, salvo mejor criterio en derecho, y dado que no corresponde a esta parte en cuanto funcionaria decidir los criterios organizativos o de otra índole que en cada caso deben motivar la resolución de concesión o denegación, y que por otra parte, y apriorísticamente, ya existe una norma vigente (la única) que sí establece cuáles han de ser tales criterios (artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés 2008/2011), lleva a la conclusión de que estos y no otros son los criterios que deben fundamentar la concesión o denegación de todas las solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo en esta Administración”, de suerte que “solo se concederá prórroga de la jubilación cuando el empleado que solicite seguir en activo no haya completado el tiempo para percibir el

100 % de la prestación de jubilación, y ello sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de la edad de jubilación cuando lo permita la normativa de aplicación”.

Con base en ello dispone “denegar lo solicitado” por la interesada, “dado que no se ha acreditado (...) que (...) no tenga derecho a la percepción del 100 % de la prestación de jubilación por falta de años de cotización, no pudiendo llegarse a esta conclusión a la vista de la documentación aportada por la misma”.

4. Con fecha 31 de marzo de 2017, la interesada solicita certificado acreditativo de silencio administrativo. Expone que “el pasado día 30 de marzo de 2017 venció el plazo en que el órgano administrativo correspondiente debió dictar resolución estimatoria de prolongación de permanencia en el servicio activo, como máximo hasta cumplir la edad de 70 años, de la que suscribe, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común en las Administraciones Públicas, aplicable al caso (...). Con anterioridad al 30 de marzo de 2017 no se ha notificado a la que suscribe resolución relativa a la pretensión instada, según solicitud formulada el 30 de diciembre de 2016, y siendo que el plazo máximo para dictar y notificar el correspondiente acto administrativo es de un máximo de tres meses, conforme al artículo 21.3 de la referida Ley 39/2015, la obligación del órgano competente supone la emisión del certificado en el plazo máximo de quince días”.

5. El día 20 de abril de 2017, el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico dicta Decreto por el que se desestima la solicitud de certificado acreditativo de silencio administrativo formulada por la interesada. Razona que en aplicación del artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “habiendo tenido entrada la solicitud de la interesada en el registro municipal el día 30 de diciembre de 2016, el *dies a quo* (día inicial del cómputo) sería ese mismo día 30 de diciembre de 2016, y el *dies ad quem* (último día válido para dictar y notificar la resolución) sería el día 30 de marzo de 2017, pues la regla

general unánimemente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia es que si los plazos estuviesen fijados en meses o años se computarán de fecha a fecha.

Añade que “el Ayuntamiento de Avilés procede a la práctica de la misma el día 30 de marzo de 2016 (*sic*) (último día válido), según consta en diligencia firmada por el notificador municipal”, en la que se indica expresamente que, “siguiendo instrucciones del Servicio (...) de Recursos Humanos, se intentó la entrega de la notificación a la interesada en su despacho de Intervención a las 10:00 horas, pero no se pudo efectuar (...) porque hoy día 30 de marzo de 2017 la interesada (interventora municipal) no vino a trabajar, resultando la notificación infructuosa. Es por lo que hago la presente diligencia a tenor de lo prescrito en el artículo 42.2 y artículo 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Tras invocar el artículo 40.4 de la referida Ley, en cuanto que establece la suficiencia del “intento de notificación debidamente acreditado” a los solos efectos de “entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos”, especifica que, “en el presente caso, en la instancia que presenta la propia interesada en fecha 30 de diciembre de 2016 solicitando la autorización de prórroga para continuar en activo designa como domicilio, a efectos de notificación, el (...) sito en plaza de España 1, de Avilés, que es el mismo (...) en que se practicó el intento de notificación debidamente acreditado, según consta en diligencia firmada por agente notificador de este Ayuntamiento”.

Considera que “a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento (en este caso, tres meses) resulta suficiente la notificación efectuada por el Ayuntamiento de Avilés, en cuanto contiene el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”. Por tanto concluye que, “en contra de lo manifestado por la interesada, no se ha producido el silencio administrativo”.

6. Con fecha 28 de abril de 2017, la interesada presenta en el Registro Auxiliar de Atención Ciudadana del Ayuntamiento de Avilés un recurso de reposición

contra el Decreto de 20 de abril de 2017, por el que se desestima la solicitud formulada con fecha 31 de marzo de 2017 interesando certificado acreditativo de estimación por silencio administrativo de la autorización de continuar en el servicio activo a partir de la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación obligatoria formulada el 30 de diciembre de 2016.

Explica que “no hay controversia posible” sobre la efectividad de la notificación, pues según la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita “debe estarse a la fecha del segundo intento”. Habiéndose producido dicha notificación el 3 de abril de 2017, “fecha en la que se había producido el vencimiento del plazo establecido en el (...) artículo 24” de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, “aplicable a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, no queda duda de que se ha producido silencio estimatorio de la pretensión”.

7. Figura a continuación un nuevo escrito de la interesada, presentado el 2 de mayo de 2017, por el que interpone recurso de reposición contra el Decreto de 29 de marzo de 2017, por el que se desestima la solicitud formulada con fecha 30 de diciembre de 2016 de prolongación de permanencia en el servicio activo.

En él señala que “la resolución recurrida infringe el artículo 24.3.a) de la Ley 39/2015, a cuyo tenor `en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo´”.

Afirma que “la notificación de la resolución (...) tuvo lugar con posterioridad a que se hubiera producido el silencio positivo”, y que además la resolución recurrida “señala una edad legal de jubilación forzosa que no se corresponde con la edad legal exigible a la compareciente”, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en “el que se gradúan esas edades y años de cotización desde el 2013 hasta el 2027”.

Añade que “la resolución recurrida infringe igualmente el artículo 67.3” del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, pues “la Administración tiene que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, y tanto para aceptarla como para denegarla”. Cita al efecto jurisprudencia del Tribunal Supremo con arreglo a la cual resulta exigible la motivación de la concesión o denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad de jubilación, y pone de manifiesto que no se especifican “las necesidades organizativas del Ayuntamiento de Avilés”, subrayando que el puesto que ocupa justificaría precisamente la prolongación en el servicio activo. Al respecto, argumenta que desarrolla “funciones reservadas legalmente al colectivo de funcionarios” al que pertenece (funcionaria de Administración local con habilitación de carácter nacional, Subescala Tesorería Intervención, categoría primera), sin que exista “otro funcionario del Ayuntamiento” que pudiera desempeñarlas, destacando la imposibilidad de cobertura del puesto “de forma inmediata, dada la falta de efectivos de funcionarios de este colectivo en la categoría superior, que es la que corresponde a esta entidad local”.

Concluye que, “obviamente, el que el empleado que solicite seguir en activo haya completado o no el tiempo necesario para percibir el 100 % de la prestación de jubilación, como se alude en la resolución recurrida, es cuestión que no guarda relación alguna con las necesidades organizativas del Ayuntamiento de Avilés”.

8. Obra en el expediente la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 12 de mayo de 2017, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un funcionario de carrera del Ayuntamiento de Avilés frente a la Resolución de 20 de octubre de 2016, por la que se denegaba la petición de prolongación de permanencia en servicio activo del recurrente. En ella se recuerda que “la denegación de la prórroga del servicio activo requiere de motivación y las causas no están reguladas de forma enumerada, taxativa o cerrada, sino que puede negarse la prórroga por causas

que se motiven suficientemente en la resolución, que precisamente es lo que ocurre en el supuesto que se enjuicia, en la medida en que la resolución denegatoria, tras examinar pormenorizadamente el derecho aplicable, da respuesta a las alegaciones del interesado y expresa motivadamente las causas de denegación, concretándolas en que por razón de la situación económica y presupuestaria municipal, en el ejercicio de la potestad de autoorganización del Ayuntamiento, se dictó Providencia de 7 de febrero de 2011 por la Alcaldía ordenando `(...) realizar todas las actuaciones administrativas necesarias en orden a que las solicitudes de prolongación de permanencia en el servicio activo que sean presentadas por los empleados públicos (...) se resuelvan de forma motivada, denegando las prolongaciones solicitadas´. Así pues, el Ayuntamiento acordó por razones económicas y organizativas la denegación de las solicitudes de prolongación de permanencia en el servicio, todas y no solo la del actor, y siempre de forma motivada./ Por otro lado, la resolución impugnada se refiere al Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de los Trabajadores del Ayuntamiento de Avilés 2008/2011 (...), en situación de prórroga, y en concreto a su artículo 48, relativo a la jubilación obligatoria, que dispone: `Se establece la edad de 65 años como la edad de jubilación obligatoria. Solamente se concederá la prórroga de la jubilación cuando el empleado que solicite seguir en activo no haya completado el tiempo para percibir el 100 % de la prestación de jubilación, y ello sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de la edad de jubilación cuando lo permita la normativa de específica aplicación´. En el presente caso no se acredita por el interesado que no haya completado el periodo de cotización necesario para percibir el 100 % de la prestación de jubilación”.

Añade que a la vista de lo actuado “es evidente que en el caso enjuiciado concurrían circunstancias suficientes para denegar la prolongación en el servicio interesada, que fueron expresadas en la resolución impugnada (...), habiendo la Administración demandada cumplido con la obligación de dictar resolución motivada, siendo claras las razones que sirvieron de justificación y de fundamento concreto a la decisión jurídica contenida en el acto como necesaria

para conocer la voluntad de la Administración actuante, sin que el recurrente haya acreditado estar en una situación excepcional prevista en la norma de aplicación para la permanencia en el servicio activo”.

9. Con fecha 15 de junio de 2017, el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico dicta Resolución en la que pone de manifiesto que, “teniendo en cuenta los perjuicios que se causarían a la Administración en el caso de estimación de las pretensiones de la recurrente en vía judicial”, procede acceder a lo solicitado “en lo relativo a la estimación por silencio administrativo”. Explica que ello “da lugar, por una parte, a que se conceda a la interesada un derecho que vulnera la normativa de aplicación careciendo la misma de los requisitos para su adquisición y, por otra parte, a una desigualdad de trato en relación con el resto de personal municipal que encontrándose en la misma situación (...) han visto desestimadas sus pretensiones en vía administrativa”, por lo que entiende que procede el inicio de un expediente de revisión de oficio.

En consecuencia, acuerda “admitir a trámite y estimar el recurso de reposición” interpuesto frente al Decreto de la Concejalía Responsable de Recursos Humanos de 29 de marzo de 2017 “por infracción de lo dispuesto en el artículo 24.3.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a cuyo tenor “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”, desestimándose el resto de pretensiones de la recurrente, salvo la relativa a la fecha de edad legal de jubilación, que lo es el día 3 de febrero de 2018”.

Asimismo, acuerda “admitir a trámite y estimar el recurso de reposición” frente al Decreto de la Concejalía Responsable de Recursos Humanos de 29 de marzo de 2017 “al haberse producido silencio administrativo estimatorio en relación a la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo”.

Finalmente, dispone “que por el Servicio municipal de Recursos Humanos se inicie expediente de revisión de oficio frente al acto presunto por el que se estima la pretensión de la recurrente relativa a la prolongación de la

permanencia en el servicio activo más allá de la fecha de edad legal de jubilación, que lo es el día 3 de febrero de 2018”.

10. Figura incorporada al expediente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de octubre de 2017, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el funcionario afectado por la sentencia citada anteriormente.

11. El día 7 de noviembre de 2017, la Jefa del Servicio de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Avilés emite informe en el que refleja que en virtud del Decreto de 15 de junio de 2017, de la Concejalía Responsable de Recursos Humanos, “se reconoce la estimación por silencio administrativo de las pretensiones” de la interesada “relativas a la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad legal de jubilación, que se producirá el próximo día 3 de febrero de 2018”, añadiendo que, “no obstante (...), y dado que en la resolución referida se admite la concesión de un derecho por silencio administrativo en contra de la normativa de aplicación, se resuelve expresamente la incoación de expediente administrativo de revisión de oficio frente al acto presunto referido”.

Indica que la incoación se basa “en que se ha concedido (...) un derecho que vulnera la normativa de aplicación careciendo la interesada de los requisitos para su adquisición, suponiendo ello, además, una desigualdad de trato en relación al resto del personal municipal que encontrándose en la misma situación que la recurrente ha visto desestimadas sus pretensiones en vía administrativa”.

Considera que “el acto presunto por el que se estima por silencio administrativo la petición (...) adolece de nulidad según lo establecido en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado que en contra del ordenamiento jurídico aplicable al caso” la funcionaria “adquiere en virtud de silencio administrativo un derecho careciendo de los requisitos esenciales para

su adquisición, siendo contrario al orden jurídico por los motivos” que explicita. Así, señala que el artículo 67.1.b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, “establece que la jubilación de los funcionarios será forzosa al cumplir la edad legalmente establecida”, precisando que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del referido precepto, son dos las “excepciones a la jubilación forzosa (...): Los supuestos de prolongación de la permanencia en el servicio activo concedidos a instancia de parte de forma motivada por la Administración pública (...). Los supuestos establecidos en normas estatales de específica aplicación a determinados colectivos de funcionarios”.

Tras razonar la aplicabilidad de la regulación contenida en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que confirma la jurisprudencia que cita, indica que de la misma se infiere que la prolongación de la permanencia es “excepcional, a instancia de parte (...), en los términos de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del (Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público)”, y “motivada”. En cuanto a la segunda cuestión, señala que “la falta de desarrollo legislativo del (Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público) no puede concluir la aplicación `de modo supletorio´ de otras normas a efecto de regulación jurídica de la cuestión que nos ocupa; en particular, de la (...) contenida en el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto”. Respecto a “la resolución de forma motivada de la concesión o denegación, en su caso, y ante la ausencia de normativa reguladora dictada por el Estado o el Principado de Asturias (...), debe ponerse de manifiesto que, si bien la prolongación en el servicio activo se configura legalmente como un derecho subjetivo del funcionario, el mismo no es absoluto, sino condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio, recayendo, pues, sobre la Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación solicitada (...). En el Ayuntamiento de Avilés es de aplicación al caso la norma (...) aprobada por el Pleno municipal y que, conforme a lo dispuesto en su artículo 1, `establece las

normas que han de regir durante su vigencia temporal las retribuciones y condiciones de trabajo que afectan al personal que presta servicios en cualesquiera de los centros gestionados directamente por el Ayuntamiento (...): Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés 2008/2011, aprobado por el Pleno municipal en sesión de (...) 29 de noviembre de 2008 (...), en situación de prórroga conforme a lo expresado en su artículo 4, y por tanto vigente, que (...) en su artículo 48 establece: / `Solo se concederá prórroga de la jubilación cuando el empleado que solicite seguir en activo no haya completado el tiempo para percibir el 100 % de la prestación de jubilación, y ello sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de la edad de jubilación cuando lo permita la normativa de aplicación´. / A tenor de lo expuesto, y dado que la prórroga se concede, en su caso, a instancia de parte, deberá acreditar quien lo solicite (...) no haber completado los años para percibir el 100 % de la prestación de la jubilación, de suerte que cuando no se acredite o acreditado se compruebe que se percibiría el 100 % de la prestación de jubilación (...) deberá procederse a la denegación de la petición de prolongación en el servicio activo. / El Acuerdo Regulador citado fija los criterios de organización en relación a la plantilla municipal, que siguen aplicándose a fecha actual y que pasan en su distinto articulado por fomentar e incentivar la jubilación anticipada (a través de distintos instrumentos, tales como la permisibilidad de la jubilación anticipada parcial, incentivos a la jubilación anticipada...) e impedir por regla general la prolongación en el servicio activo (más allá del supuesto de falta de años de cotización para llegar al 100 % de la prestación). Tales criterios han sido admitidos como criterios organizativos de entidad suficiente por la jurisprudencia europea, entendiéndose que la fijación de una edad obligatoria para (la) jubilación en el ámbito de la función pública constituye el único medio de repartir el empleo de manera equitativa entre distintas generaciones (dado que el número de puestos disponibles en la función pública es limitado por las exigencias presupuestarias y la restricción a la creación de nuevos puestos de trabajo), permitiendo además favorecer el empleo y la promoción de los

jóvenes, optimizar la gestión del personal, evitando litigios relativos a la aptitud del empleado para (el) ejercicio de su actividad superada cierta edad (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Sala Segunda, Alemania, de 21 de julio de 2011, EU:C:2011:508). Así las cosas, la medida que permite la jubilación forzosa de los empleados al alcanzar la edad prevista en el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés puede responder, así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al objetivo de promover la contratación, sin que ello menoscabe las expectativas legítimas de los empleados afectados cuando a estas personas les es posible obtener una pensión cuyo nivel no puede considerarse inadecuado. El criterio de organización establecido en el artículo 48 del Acuerdo Regulador referido, así como el resto de criterios de organización establecidos a lo largo de su articulado (...), siguen aplicándose a fecha actual y no se han visto modificados, a pesar de la posibilidad de su modificación, como sí ha ocurrido con otros artículos del Acuerdo Regulador que han sido modificados por distintos acuerdos adoptados al efecto, demostrándose así la voluntad del gobierno municipal de mantenimiento de los mismos”.

A mayor abundamiento, subraya que en la reciente Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Oviedo de 12 de mayo de 2017, dictada en un caso igual, “el Juzgado ha admitido el correcto proceder del Ayuntamiento de Avilés, considerando no solo motivada, sino justificada, la decisión administrativa de denegar lo solicitado, una vez examinado el derecho aplicable al caso, y en particular el artículo 48 del Acuerdo Regulador, al considerar que dicha decisión se ampara en razones organizativas, y sin que el recurrente, como ocurre en el presente caso, acredite estar en una situación excepcional prevista en la norma de aplicación para la permanencia en el servicio activo. En la sentencia (...) referida no se considera como excepción que justifique la concesión de la prolongación en el servicio activo la falta o la tenencia de capacidad funcional del interesado, la entidad de los proyectos a su cargo o las funciones que realiza. La sentencia citada”, confirmada en

apelación, “concluye, como fundamento suficiente de la denegación de la permanencia (...), lo establecido en el artículo 48 del referido Acuerdo Regulador (...), que solo contempla, dentro de las potestades de autoorganización de la Administración, que se prolongue dicha edad en dos casos: cuando el interesado no alcance a percibir el 100 % de la prestación de jubilación o cuando exista normativa específica sobre el régimen de jubilación de algún empleado público”.

Tras referirse a los fundamentos normativos de la revisión de oficio, expone que, de conformidad con lo dispuesto en “el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el preceptivo trámite de audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, y ello salvo que, conforme indica el apartado cuarto de dicho artículo, no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución del mismo otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, como ocurre en el presente caso”.

Concluye que “procedería (...) iniciar procedimiento de revisión de oficio (...) del acto presunto por el que se estima por silencio administrativo la petición” de la interesada “relativa a la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad legal de jubilación, que se producirá el próximo día 3 de febrero de 2018, y ello dado que dicho acto adolece de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al ser contrario al ordenamiento jurídico aplicable al caso -se vulnera lo dispuesto en el artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés (...)-, adquiriendo la interesada en virtud de silencio administrativo un derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición”.

12. Con fecha 8 de noviembre de 2017, el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico acuerda “dar audiencia y vista del expediente” a la interesada “para alegaciones por espacio de 10 días hábiles de modo previo a la

incoación de procedimiento de revisión de oficio del acto presunto por el que se estima por silencio administrativo” su petición de “prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad legal de jubilación, que se producirá el próximo día 3 de febrero de 2018, y ello dado que dicho acto adolece de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, al ser contrario al ordenamiento jurídico aplicable al caso -se vulnera lo dispuesto en el artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés (...)-, adquiriendo la interesada en virtud de silencio administrativo un derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Figura incorporada al expediente una “imagen del aviso de recibo” en la que consta la firma de la interesada el 10 de noviembre de 2017.

13. El día 21 de noviembre de 2017, la interesada presenta un escrito de alegaciones. En él indica que “el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la expresión ‘requisitos esenciales’ del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015 ‘no puede interpretarse en un sentido tan amplio que incluya dentro de ella cualquier condición o exigencia necesaria para la validez del acto declarativo del derecho’ (Sentencia de 30 de enero de 2015)”.

Manifiesta que “el acuerdo del Concejal de Recursos Humanos de 8 de noviembre de 2017, respecto del que mediante el presente escrito se evacúa trámite de audiencia, entiende que el acto que se pretende revisar de oficio infringe el artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés, a cuyo tenor solo se concederá prórroga de la jubilación cuando el empleado que la solicite no haya completado el tiempo para percibir el 100 % de la prestación de jubilación. Considera que, como la compareciente sí ha completado dicho tiempo, carece de un requisito ‘esencial’ para que se le reconozca la prolongación en el servicio./ El Consejo de Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que el incumplimiento de ese tipo de exigencias no constituye una ausencia de los requisitos esenciales para el reconocimiento del derecho a la prolongación en el

servicio activo que cause nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que lo declaren, ni por tanto sirva para fundamentar la revisión de oficio de los mismos". Cita al efecto el Dictamen 3491/1999, de 22 de diciembre, del que destaca que "la premisa básica sobre la que se construye la posibilidad de prolongar la permanencia en situación de servicio activo está constituida por la posesión por sus beneficiarios de la condición de funcionarios públicos, presupuesto esencial que concurría en los interesados, quienes desempeñaban antes de cumplir los sesenta y cinco años de edad los mismos puestos para los que se les otorgó la prolongación en la situación de servicio activo. Forzar la conversión de la prohibición legal de conceder la prolongación en el servicio activo a los funcionarios de determinados cuerpos -entre los que se hallaría aquél al que pertenecen los interesados- en requisito esencial `negativo´ para acceder a la prolongación significaría una distorsión de su trascendencia, con erosión de la línea divisoria entre anulabilidad y nulidad, y, en último término, con efectos expansivos de una potestad administrativa excepcional".

Razona que, dado que "en el presente caso no se discute la condición de funcionaria pública de la compareciente, es evidente que concurren en ella los requisitos esenciales para el reconocimiento de la prolongación en el servicio activo, y que, por tanto, no es de aplicación el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015./ Y, desde luego, resulta incompatible con los criterios antedichos el que pueda considerarse esencial un requisito que ni viene establecido en una norma con rango de Ley, ni es aplicable con carácter general, sino regulado en un acuerdo de ínfimo rango normativo y solo aplicable en Avilés. Para ser un requisito esencial debería establecerse en una norma de rango equiparable a la que regula la posibilidad de prolongación, y ser de tal naturaleza que impidiera a cualquiera que no lo poseyese el reconocimiento de la prolongación en el servicio, no solo a los que la soliciten para el Ayuntamiento de Avilés".

Por último, manifiesta que "no viene al caso la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de octubre de 2017 que se efectúa en el acuerdo municipal, toda vez que la misma no versa sobre la revisión de oficio de actos declarativos de derechos", pues lo que no declara

(como tampoco la sentencia de instancia) “es que la infracción del artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés hubiere sido causa de nulidad de pleno derecho de un hipotético acto declarativo de la prolongación en el servicio”, lo que, a su juicio, debería justificar el Ayuntamiento.

En consonancia con lo alegado, solicita el archivo del expediente.

14. Con fecha 1 de diciembre de 2017, la Jefa del Servicio de Recursos Humanos emite informe en relación con las alegaciones formuladas. En cuanto a la calificación como requisito esencial del establecido en el artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés, y a la argumentación de la interesada de que el requisito esencial para la adquisición del derecho es la condición de funcionaria pública, “deduce que no se está discutiendo la ilegalidad del acto presunto por el que (...) se le concede un derecho que no tendría si no es porque el mismo fue concedido por silencio, pues la misma en el escrito de alegaciones presentado centra la discusión en si la citada infracción del orden jurídico debe revisarse por el procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 106 (...) o por el procedimiento previsto en el artículo 107 de la Ley 39/2015; en ambos casos, procedimientos por los que las Administraciones públicas proceden a revisar actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico. Por tanto, y ahondando en lo expuesto, no se está discutiendo la ilegalidad del acto administrativo cuya revisión se pretende sino el concreto procedimiento de revisión; cuestión de máxima importancia, dado que lo que en principio no debería plantear dudas es la imposibilidad de mantener un acto administrativo que siendo contrario al orden jurídico concede a un empleado un derecho que no tendría de no haberse otorgado por silencio administrativo, lo cual, a su vez, produciría una situación de desigualdad de trato con el resto de empleados que han visto denegada idéntica solicitud”.

En relación al “concreto procedimiento a seguir para (la) revisión del acto presunto en el presente caso, a efectos de solución de la cuestión planteada,

debe tenerse en cuenta que la doctrina alegada por la interesada ha sido corregida con posterioridad, precisamente en el mismo supuesto aducido por la funcionaria objeto del presente expediente de revisión de oficio, y ello debido a la existencia de controversias entre diversos dictámenes del Consejo de Estado y jurisprudencia menor emitida por Tribunales de Justicia. De esta forma el Dictamen del Consejo de Estado n.º 90/2004, de 28 de julio, recaído en expediente relativo a la revisión de oficio en relación con una resolución (...) por la que se autorizaba la prolongación de la permanencia en el servicio activo de un funcionario hasta el cumplimiento de la edad de 70 años, determina que, `ante los pronunciamientos discordantes que la cuestión sometida a dictamen ha dado lugar en la jurisprudencia menor, entiende este Consejo que la apreciación de la existencia de la causa de nulidad invocada puede encontrar su fundamento articulando ambas perspectivas antes señaladas, considerando que la facultad de obtener la prórroga de la edad de jubilación deriva del requisito de pertenecer a un cuerpo no excluido, de modo que no puede adquirirse si falta este presupuesto´. Asimismo, el Consejo de Estado determina que `es preciso recordar que la causa de nulidad introducida por el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo ha sido para dar solución a casos distintos al del presente supuesto para los que la jurisprudencia anterior no encontraba ajuste legal adecuado. La admisión del carácter «esencial» de los requisitos de constatada carencia en supuestos diferentes de aquellos para los que en principio se pensó exige un análisis individualizado en cada caso concreto, que en los dictámenes 77 y 78 del año 2001 llevó a este Consejo Consultivo, teniendo en cuenta la restrictiva interpretación que de dicho término ha realizado tanto la jurisprudencia como la doctrina, a considerar no «esenciales» los requisitos exigidos en el supuesto que ahora dictaminamos´. En consecuencia, en el caso citado, mismo supuesto que el alegado por la interesada, el Consejo de Estado viene a dictaminar de modo favorable la procedencia de la revisión de oficio de la resolución adoptada en vía administrativa por la que fue autorizada la permanencia en el servicio activo de un funcionario perteneciente al Cuerpo de Guardia Forestal hasta los 70 años

de edad, y declara la nulidad de pleno derecho de la misma por concurrencia del presupuesto contemplado en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, y ello sobre la base de considerar como esencial, en el caso citado, la falta de cumplimiento del requisito exigido en la normativa de específica aplicación, a saber, se exigía no pertenencia a alguno de los cuerpos de funcionarios excluidos de la posibilidad de prorrogar la permanencia en el servicio activo”.

Considera que “la interesada incumple el único requisito exigido, en particular, que `no se haya completado el tiempo para percibir el 100 % de la prestación por jubilación´, al que se anuda el reconocimiento del derecho a la prolongación en el servicio activo, pues no solo ante los requerimientos de la Administración no presenta la documentación solicitada sino que (...) de la (...) que aporta se deduce la carencia del único requisito exigido; cuestión que, por otra parte, no se” discute por ella.

Respecto al carácter esencial del requisito, cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2016, relativa a la nulidad de un acto presunto de reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, de la que se deduce que “la condición de funcionario del interesado no es un requisito esencial”, y pone de relieve que “en nuestro caso el requisito esencial para poder prolongar el servicio activo más allá de la edad legal de jubilación de cada empleado público es que no haya completado el tiempo para percibir el 100 % de la prestación de jubilación, y la interesada no cumple ese requisito único y esencial”.

Alude a continuación “al valor de la norma cuya vulneración da lugar a la incoación de expediente de revisión de oficio”, y expresa que “el citado Acuerdo Regulador tiene la fuerza vinculante” establecida en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Acuerdo que establece como criterios de organización los de “fomentar e incentivar la jubilación anticipada (a través de diversos instrumentos, tales como la permisibilidad de la jubilación anticipada parcial, incentivos a la jubilación anticipada...) e impedir por regla general la prolongación en el servicio activo

(más allá del supuesto de falta de años de cotización para llegar al 100 % de la prestación por jubilación)", subrayando que "han sido admitidos como criterios organizativos de entidad suficiente por la jurisprudencia europea, entendiéndose que la fijación de una edad obligatoria para jubilación en el ámbito de la función pública constituye el único medio de repartir el empleo de manera equitativa entre distintas generaciones (dado que el número de puestos disponibles en la función pública es limitado por las exigencias presupuestarias y la restricción a la creación de nuevos puestos de trabajo), permitiendo además favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, evitando litigios relativos a la aptitud del empleado para (el) ejercicio de su actividad superada cierta edad (Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, Sala Segunda, Alemania, de 21 de julio de 2011, EU:C:2011:508). Así las cosas, la medida que permite la jubilación forzosa de los empleados al alcanzar la edad prevista en el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés puede responder, así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al objetivo de promover la contratación, sin que ello menoscabe las expectativas legítimas de los empleados afectados cuando a estas personas les es posible obtener una pensión cuyo nivel no puede considerarse inadecuado".

Concluye que las dos sentencias incorporadas el expediente consideran "fundamento suficiente de la denegación" que no se alcance el 100 % de la prestación de jubilación, y que avalan "la obligatoriedad en el Ayuntamiento de Avilés de aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo Regulador, siendo precisamente su vulneración lo que da lugar a la incoación del expediente de revisión de oficio".

En consecuencia, entiende que "procede desestimar las alegaciones formuladas" por la interesada.

15. Con fecha 1 de diciembre de 2017, el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico acuerda "iniciar procedimiento de revisión de oficio

de conformidad con el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del acto presunto por el que se estima por silencio administrativo la petición” de “relativa a la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad legal de jubilación, que se producirá el próximo día 3 de febrero de 2018”, al adolecer dicho acto de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 47.1.f) de la referida Ley, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio del Ayuntamiento de Avilés, “adquiriendo la interesada en virtud de silencio administrativo un derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Tras reproducir los informes incorporados al expediente, señala que “resulta evidente la competencia de la Alcaldía en el presente caso en cuanto se pretende la revisión de oficio de una resolución dictada por dicho órgano municipal”.

Asimismo, acuerda “suspender el transcurso del plazo máximo legal de seis meses para resolver este procedimiento de revisión de oficio y notificar la resolución, por el tiempo que medie entre la petición al Consejo Consultivo del Principado de Asturias del dictamen preceptivo y la recepción del mismo”; plazo que, advierte, “no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de diciembre de 2017, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto presunto por el que se estima por silencio administrativo la petición de la interesada, relativa a la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de la edad legal de jubilación, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Avilés, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Avilés se halla debidamente legitimado en cuanto autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que "Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1".

No obstante, el artículo 110 de la referida Ley establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". En el caso que examinamos entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los límites señalados como para declarar la improcedencia del ejercicio de esta vía, por la que opta la Administración autora del acto en detrimento de la declaración de lesividad de los actos anulables; cuestión a la que haremos referencia en la consideración quinta.

Debe advertirse que el expediente instruido se refiere en todo momento

a la nulidad del acto presunto por el que se habría adquirido la declaración de permanencia en el servicio activo, sin que se efectúe mención alguna al posterior Decreto de 15 de junio de 2017, del Concejal de Recursos Humanos y Tráfico, por el que se estima el recurso de reposición interpuesto por la interesada frente a la resolución desestimatoria. Atendiendo a su contenido, debe tenerse en cuenta que en el caso de ser nuestro dictamen favorable a la declaración de nulidad esta conllevará (al menos parcialmente, en cuanto se pronuncia sobre ese extremo) la del citado Decreto de 15 de junio de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LPAC, que prevé que “La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero”.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por analizar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. Por ello, y tratándose de una Administración local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. El artículo 127 de la LRBRL, aplicable a los municipios de gran población, atribuye a la Junta de Gobierno Local las “facultades de revisión de oficio de sus propios actos” -apartado 1.k)-. En idéntico sentido, el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, otorga la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus

propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

En el asunto sometido a nuestra consideración, el Decreto de 29 de marzo de 2017, por el que se desestima la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo, se dicta por el Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico por delegación. De la restante documentación incorporada el expediente (singularmente, de las dos sentencias obrantes en el mismo) se deduce que correspondía a aquel dictar el acto presunto cuya nulidad se pretende, y es dicho Concejal quien incoa el procedimiento de revisión de oficio (si bien en el propio Decreto se afirma al mismo tiempo que “resulta evidente la competencia de la Alcaldía en el presente caso en cuanto se pretende la revisión de oficio de una resolución dictada por dicho órgano municipal”).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1.h) de la LRBRL, corresponde a la Alcaldía la jefatura superior de personal, y el apartado 3 del mismo precepto precisa que el Alcalde “puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, salvo”, entre otras, “la jefatura superior de todo el personal”. Dada la ausencia en el expediente de constancia de la delegación o de su extensión, no puede este Consejo verter un pronunciamiento terminante en torno a la competencia administrativa para acordar la revisión de oficio, que habrá de concretarse a la luz del acuerdo de delegación, y que competirá a la propia Alcaldía siempre que no se hubiere conferido expresamente a la concejalía de personal (tal y como se deduce de la mención transcrita).

En cuanto a la instrucción del procedimiento, observamos que el único documento que integra el procedimiento es el Decreto de 1 de diciembre de 2017, del Concejal Responsable de Recursos Humanos y Tráfico, en el que se acuerda, simultáneamente, el inicio del procedimiento de revisión de oficio, se

fundamenta la concurrencia de la causa de nulidad y se suspende el plazo máximo para resolver.

No consta, por tanto, una propuesta de resolución con tal denominación. Pese a la gravedad de esta irregularidad, su contenido responde al propio de aquella y, en particular, cumple la obligación legal de motivación -impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC-. Por tanto, no se estima necesaria la retroacción de actuaciones, habida cuenta de que el principio constitucional de eficacia administrativa desaconseja la retroacción cuando, de subsanarse el defecto formal, es de prever, en buena lógica, que se produciría una propuesta en idéntico sentido.

En cuanto a la omisión del trámite de audiencia, no cabe en absoluto compartir la invocación del artículo 82 de la LPAC a fin de justificarla, pues resulta evidente que en el caso que nos ocupa se sustancia un procedimiento revisor de oficio del que la interesada no tendría, en principio, conocimiento, al no haberse cumplido tampoco la obligación de comunicarle, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Tal y como hemos señalado en dictámenes anteriores, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista y sí medida práctica al servicio de un concreto objetivo, como es el de posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho, quedando supeditada la nulidad de las actuaciones a que su omisión puede dar lugar a la indefensión material y efectiva de la parte. Teniendo en cuenta las singularidades de la tramitación, en la que existen unas extensas actuaciones previas en las que se da audiencia a la interesada, que tuvo conocimiento de los informes en los que se basa el Decreto de inicio, y pudo formular las oportunas alegaciones, hemos de concluir que no se ha producido indefensión real y efectiva del particular, apreciándose tan solo una irregularidad no invalidante.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Iniciado el que analizamos mediante Decreto del Concejal Responsable del Área de Recursos Humanos y Tráfico de 1 de diciembre de 2017, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún. En cuanto a la posibilidad de suspender el transcurso del plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, que utiliza la Administración en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, aun sin conocer la fecha de notificación a la interesada de la referida suspensión del plazo, ni tan siquiera si esta ha tenido lugar, atendida la fecha de la consulta efectuada, hemos de entender que se encuentra suspendido el transcurso del plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

QUINTA.- El procedimiento sometido a consulta pretende la revisión de oficio del acto presunto por el que la interesada adquirió, por silencio, y previa solicitud al respecto, la prolongación de la permanencia en el servicio activo; situación que el posterior Decreto de 15 de junio de 2017 reconoce de modo expreso en vía de recurso.

Con carácter previo al examen concreto de la consulta formulada, hemos de recordar que la revisión de oficio de actos administrativos por nulidad de pleno derecho, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio establecidos en el artículo 47.1 de la LPAC debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre

actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos. Como recuerda de modo constante el Tribunal Supremo, en Derecho Administrativo, y en materia de invalidez, la regla general es la anulabilidad y la excepción la nulidad radical (entre otras, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 de junio de 1981 -ECLI:ES:TS:1981:370- y 24 de noviembre de 1987 -ECLI:ES:TS:1987:7475-, Sección 1.ª, y de 19 de marzo de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:2175-, Sección 4.ª).

La naturaleza excepcional del instituto de la revisión de oficio determina, además, como ya hemos indicado en nuestro Dictamen Núm. 24/2009, que no pueda ser utilizada como una vía de elección alternativa a la de los recursos ordinarios alegando vicios que hubieran podido ser enjuiciados en aquellos. Por esta razón, el artículo 106.1 de la LPAC circunscribe el ejercicio de esta potestad a “los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”; circunstancia que concurre en el caso que analizamos.

La causa de nulidad invocada por la Administración local es la señalada en el apartado f) del artículo 47.1 de la LPAC, conforme al cual son nulos de pleno derecho “Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Con respecto a ella, es doctrina reiterada de este Consejo, partiendo de un principio de interpretación restrictiva, que la nulidad absoluta se anuda en este caso a la adquisición de facultades o derechos “cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, de lo que se deduce que tal carencia debe ser sustancial y manifiesta. Como hemos señalado en dictámenes anteriores, nuestro Derecho Administrativo reserva la nulidad absoluta para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, por lo que es rechazable una interpretación amplia del concepto “requisitos esenciales” que nos conduciría a desnaturalizar las causas legales de invalidez al vaciar de contenido los supuestos de mera anulabilidad, con marcada erosión del principio de seguridad jurídica. En este sentido, cabe recordar la distinción, realizada por el Consejo de Estado en numerosos

dictámenes y recogida también por este Consejo Consultivo, entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales”.

El sumo tiento con que la Administración ha de ejercitar su potestad de revisión de oficio impone asimismo que aquella distinción no pueda establecerse *a priori*, sino de forma casuística, en función de las circunstancias concurrentes, y atendiendo a un juicio de razonabilidad. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado han ido perfilando un estricto concepto teórico de requisito esencial, referido a las condiciones principales del acto, cuya ausencia impediría el nacimiento de la facultad o derecho en cuestión. De este modo, puede apreciarse la falta de los citados requisitos en casos extremos de ausencia de algún presupuesto inherente a las características definitorias del acto, sin el cual este carecería absolutamente de base, tales como aquellos a los que se refiere el Consejo de Estado en su Dictamen Núm. 351/1996; esto es, la falta de capacidad del sujeto o la ausencia de objeto, causa o fin del acto.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la prolongación de la permanencia en el servicio activo constituye una “mera facultad”; se trata, “a lo más, de una especie de derecho debilitado”, conforme a la actual configuración legal prevista en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Sentencia de 7 de febrero de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:660-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª).

En el procedimiento revisor que nos ocupa la discrepancia se centra en la consideración como requisito esencial del “único” que, según el propio Ayuntamiento, debía cumplir la interesada: la acreditación de no alcanzar el 100 % de la prestación de jubilación; condición establecida en el artículo 48 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de los Empleados del Ayuntamiento de Avilés, cuya aplicabilidad a la interesada (funcionaria habilitada de carácter nacional) no se discute. Carácter que aquella niega, pero que la Administración local sostiene.

Delimitada de esta forma la controversia, debe entonces verificarse si, como sostiene la Administración proponente, cabe afirmar la esencialidad del requisito discutido, constituyendo en consecuencia presupuesto de la estructura definitoria del acto, o absolutamente determinante para la configuración del derecho adquirido o la finalidad a alcanzar.

La interesada recuerda la obligatoriedad de motivación de la concesión, y que esta debe, a su vez, fundarse en necesidades organizativas del Ayuntamiento, con las que no puede identificarse el hecho objetivo de que el empleado solicitante haya completado o no el tiempo necesario para percibir el 100 % de la prestación de jubilación.

Por su parte, la Administración invoca dos sentencias, referidas a la denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo a un funcionario del mismo Ayuntamiento, en las que se declara que el incumplimiento del requisito relativo a la prestación de jubilación constituye motivación suficiente para la denegación. Sin embargo, tal circunstancia no equivale a afirmar su esencialidad a efectos de lo dispuesto en el artículo 47.1.f) de la LPAC; cuestión cuyo análisis debe abordarse partiendo del carácter restrictivo de la interpretación que afecta a la consideración como esenciales de los requisitos que definen el supuesto legalmente contemplado.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el establecimiento de una determinada edad para la jubilación está justificado ante la concurrencia de otros bienes y derechos dignos de protección, tales como razones de política económica, la renovación deseable de efectivos o un eventual descenso en el rendimiento determinado por evidentes razones físicas. Así se ha expresado, en relación con diversos colectivos, en las Sentencias 152/2003, de 17 de julio -ECLI:ES:TC:2003:152-, 280/2006, de 9 de octubre -ECLI:ES:TC:2006:280- y 341/2006, de 11 de diciembre -ECLI:ES:TC:2006:341-.

Específicamente en relación con los funcionarios, el mismo Tribunal descarta la existencia de discriminación cuando el límite de edad se establece con carácter general y para todos ellos, sin que la medida comporte

excepciones o desigualdades una vez cumplido el parámetro del alcance de esa edad determinada, "dado el carácter general de la medida adoptada, ya que normas análogas se han establecido para todos los funcionarios que no tenían señalada una edad de jubilación igual o inferior a los 65 años. Este carácter general ofrece una explicación suficiente de la misma, a lo que hay que añadir el hecho de que la edad establecida como máxima se encuentra dentro de la banda de edades reconocida en los demás países de condiciones socio-jurídicas análogas a las nuestras y concuerda con la tendencia actual en muchos Estados a rebajar la edad de jubilación" (Sentencia 108/1986, de 29 de julio -ECLI:ES:TC:1986:108-).

De forma singular, y respecto al personal estatutario de los servicios de salud, el mismo Tribunal estima, en relación con el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud -que dispone que la adopción de la decisión correspondiente en relación con la prolongación del servicio se hará "en función de las necesidades de la organización"-, que cabe considerar como tales las "excepcionales circunstancias económicas", las "necesidades del servicio" y "la situación presupuestaria" (Auto 133/2014, de 6 de mayo -ECLI:ES:TC:2014:133A-).

A tal categoría pertenecen los "criterios organizativos de entidad suficiente" invocados por el Ayuntamiento, consistentes en "fomentar e incentivar la jubilación anticipada (...) e impedir por regla general la prolongación en el servicio activo (más allá del supuesto de falta de años de cotización para llegar al 100 % de la prestación por jubilación)". Según la Administración autora del acto, esta última decisión entronca con el objetivo de "repartir el empleo de manera equitativa entre distintas generaciones (dado que el número de puestos disponibles en la función pública es limitado por las exigencias presupuestarias y la restricción a la creación de nuevos puestos de trabajo), permitiendo, además, favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, evitando litigios relativos a la aptitud del empleado para (el) ejercicio de su actividad superada cierta edad". Siendo

indiscutible que todos ellos constituyen criterios organizativos claros, no puede afirmarse, a nuestro juicio, con esa misma contundencia que lo sea la atención a las circunstancias singulares e individuales que puedan afectar al empleado público en cuanto futuro perceptor de una prestación por jubilación. La medida descrita responde a la evidente finalidad de paliar los eventuales perjuicios económicos que la jubilación a la edad de 65 años pueda ocasionar al afectado, pero no puede, en sentido estricto, considerarse un criterio organizativo, por lo que su equiparación con tal fundamento a un requisito esencial debe rechazarse. En otras palabras, resulta indiscutible que los objetivos y criterios expuestos son plenamente legítimos, pero para su consecución no es imprescindible la imposición que nos ocupa, que responde a otra finalidad igualmente irreprochable pero no directamente relacionada con las necesidades organizativas enunciadas, avaladas jurisprudencialmente como límites al derecho o facultad de permanencia. En definitiva, la atención de la posibilidad de mejora en la prestación a percibir por un empleado público puede constituir una excepción a la limitación general de la permanencia, e incluso conceptuarse como un requisito necesario, pero no puede ser calificado como esencial a los efectos que nos ocupan.

Ese carácter necesario, pero no esencial, es más evidente si lo confrontamos con los requisitos establecidos en la legislación sectorial. El ya citado artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, exige no solo la motivación “en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”, sino que supedita la prolongación a “que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento”. En relación con las primeras, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la finalidad de la prolongación en el servicio activo responde así a necesidades de personal derivadas de la organización y adecuada prestación del servicio público sanitario” (en ese supuesto) “a la población” (Auto 103/2015, de 9 de junio -ECLI:ES:TC:2015:103A-). En ambos casos parece indiscutible que tanto la capacidad funcional como cuestiones

organizativas debidamente instrumentadas constituyen requisitos esenciales, el primero de los cuales atañe evidentemente al sujeto. Por razones obvias, no podemos considerar el requisito discutido en el asunto examinado como equiparable al de capacidad funcional, ni tampoco -según lo razonado- como una cuestión organizativa de la Administración.

Lo expuesto conduce a recordar, como ya adelantamos en la consideración tercera, que para revisar los actos administrativos favorables a los interesados la LPAC arbitra dos vías diferentes: la "revisión de disposiciones y actos nulos" -artículo 106- y la "declaración de lesividad de actos anulables" -artículo 107-. Según el criterio de la Administración, el acto estimatorio de la solicitud de la interesada infringiría lo dispuesto en la legislación aplicable al no concurrir en ella el requisito señalado, relativo a la insuficiencia de la prestación de jubilación; requisito que -por lo indicado- no cabe calificar como esencial. En consecuencia, es criterio de este Consejo Consultivo que no concurre de modo claro e inequívoco el supuesto de nulidad contemplado en el apartado f) del artículo 47.1 de la LPAC; motivo que -recordémoslo una vez más- ha de ser interpretado, como todos los de nulidad radical, de modo restrictivo, dada la posición de privilegio en que se sitúa la Administración al ejercer la potestad de revisión de oficio sin necesidad de recurrir a la intervención judicial. Todo ello sin perjuicio de que pudiera darse un supuesto de anulabilidad por incurrir el acto "en cualquier infracción del ordenamiento jurídico" -artículo 48 de la LPAC-. En estos casos, las Administraciones públicas pueden declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme al citado precepto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; vía que el Ayuntamiento de Avilés tiene a su disposición para eliminar del mundo jurídico el acto que considere contrario a la normativa aplicable.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho del acto

presunto del Ayuntamiento de Avilés por el que se estima la petición de prolongación de la permanencia en servicio activo de una funcionaria más allá de la edad de jubilación.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS.