

ASUNTO: SITUACIÓN DE FUNCIONARIO EN ACTIVO HABIENDO CUMPLIDO LA EDAD DE JUBILACIÓN LEGALMENTE ESTABLECIDA SIN HABER FORMALIZADO PETICIÓN DE PERMANENCIA EN SERVICIO ACTIVO

147/21

E

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de XXXXXX, se emite el presente,

INFORME

I. ANTECEDENTES

Con fecha 27 de enero de 2021, tiene entrada en el Registro de la Corporación Provincial (R.E. XXXX) solicitud del Alcalde Presidente de XXXXX en el que manifiesta que en la actualidad permanece en su puesto de trabajo un funcionario que ha superado la edad de jubilación legalmente establecida (cuenta con 68 años), sin que se haya decretado por parte de la Administración la jubilación forzosa y sin que el trabajador haya formalizado la preceptiva petición de prolongación de permanencia en servicio activo.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Estatuto de Autonomía de Extremadura.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. LRBRL
- R.D. Leg. 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local. TRRL
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. ROF
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura
- 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.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- De la jubilación como causa de pérdida de la condición de funcionario.

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público establece que la jubilación de los funcionarios puede ser voluntaria, a solicitud del trabajador y forzosa al cumplir la edad legalmente establecida (artículo 67), sin perjuicio de que se pueda acceder anticipadamente a la jubilación en caso de incapacidad .

Artículo 67. Jubilación.

1. La jubilación de los funcionarios podrá ser:

a) Voluntaria, a solicitud del funcionario.

b) Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida.

c) 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.

2. Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

3. La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.

No obstante, 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 cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de 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.

4. Con independencia de la edad legal de jubilación forzosa establecida en el apartado 3, la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad.

A este respecto por la nuestra Comunidad Autónoma se ha dictado la correspondiente norma de Función Pública, y así el artículo 85 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, en lo que aquí concierne, dispone: (...)

3. La jubilación forzosa se debe declarar de oficio al cumplir el personal funcionario la edad legalmente establecida.

4. A pesar de lo dispuesto en el apartado 3, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla la edad establecida en el artículo 67.3, párrafo segundo, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, debiéndose resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. Las Administraciones Públicas de Extremadura podrán denegar la prolongación del servicio activo de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Las razones organizativas derivadas de la planificación del empleo público.

b) Los resultados de la evaluación del desempeño.

La resolución de aceptación de la prolongación estará supeditada, en todo caso, a la realización del correspondiente examen de salud, que deberá pronunciarse respecto a la capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias del cuerpo, escala, especialidad o agrupación profesional que corresponda. En el caso de informe negativo o si el solicitante rehúsa someterse al examen de salud, se emitirá resolución denegatoria de la prolongación.

En los términos que se establezcan reglamentariamente, la prolongación de la permanencia en el servicio activo podrá concederse por un año, pudiendo renovarse anualmente hasta que se cumpla la edad establecida en el artículo 67.3, párrafo segundo, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La edad de jubilación de los funcionarios públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social está regulada en el 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.

Artículo 205. Beneficiarios.

1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1, reúnan las siguientes condiciones:

a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos.

b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Lo indicado en la letra a) de este artículo 205 ha de conjugarse con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima de la referida Ley General de Seguridad Social que determina, conforme a una tabla, la edad de jubilación en función del tiempo cotizado y se aplicarán de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.

	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
2023	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

Conforme con estas previsiones normativas, en el ejercicio 2021 la edad de jubilación forzosa será de 65 ó 66 años dependiendo de que se haya cotizado más o menos de 37 años y 3 meses. Ello no obsta a que, si llegada la edad de jubilación forzosa el funcionario desea seguir trabajando pueda, de conformidad con el artículo 67.3 del EBEP, prolongar su permanencia en el servicio activo con anterioridad a su jubilación forzosa por cumplimiento de la edad reglamentaria hasta los 70 años. Obviamente la prórroga hasta los 70 años es un tope máximo

que implica que la previsión legal no veda que la prórroga se otorgue por períodos inferiores a ese máximo.

SEGUNDA.- Del procedimiento para solicitar la prolongación del servicio activo.

La Resolución de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, recoge las normas sobre el procedimiento para solicitar la prolongación en el servicio activo. El procedimiento se inicia a solicitud del funcionario mediante escrito dirigido al órgano competente con una antelación mínima de dos meses a la fecha en la que el funcionario cumpla la edad de jubilación forzosa.

El órgano competente dictará la resolución sobre la prolongación de la permanencia en el servicio activo en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente. La resolución positiva de la solicitud se notificará al funcionario y se comunicará al centro de destino y al Registro Central de Personal para su anotación preceptiva. Si la resolución de la solicitud es negativa se ha de fundamentar su motivo. Esta resolución se notificará al interesado y al centro de destino y contra ella se podrá interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo procedente.

La prórroga del servicio activo se encuentra condicionada a la decisión del órgano competente, en función de las necesidades de organización, debiendo la Administración justificar y motivar la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

Así, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo tiene declarado (sentencia de 3 de diciembre de 2012 (Casación 976/2012) y 20 de diciembre de 2011 (Casación 6087/2010) que la prolongación del servicio activo prevista en el art. 67.3 del EBEP **“es un derecho subjetivo condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio;** pero recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación. La obligación de la Administración de motivar en todo caso, tanto si es favorable como si no, la decisión sobre la prolongación de permanencia en servicio activo solicitada por el funcionario en función de unas necesidades de la organización, implica que las necesidades que se citen como fundamento de la decisión que se adopte sean

ajustadas a la realidad y que se pruebe su existencia (...)

STS 17 de marzo de 2016

“Aquí al igual que en el asunto enjuiciado en la sentencia de 8 de junio de 2015, la resolución de 8 de marzo de 2012 de la Dirección General de la Función Pública de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias denegó al Sr. Hernán la prolongación de su permanencia en el servicio activo con fundamento en “(...) Razones de carácter económico, derivadas de la persistencia de la actual crisis, que ha mermado considerablemente los ingresos de las Administraciones Públicas (...)”. (consideración jurídica segunda)

La Administración recurrida no ha cumplido la carga de motivar la denegación de la solicitud exteriorizando una causa de la misma que sea válida en Derecho. Las supuestas razones económicas argüidas son insuficientes en el marco legal aplicable, por genéricas e inconcretas. En cuanto a las razones operativas, además de completamente indefinidas y con cierta proyección de futuro, no son atendibles en cuanto se derivan de unas tareas de reorganización que se afirman expresamente iniciadas pero no concluidas y que pasan por redistribuir personal adscrito a otras unidades que no se determinan, desconociéndose en qué consisten o cómo se va a llevar a cabo tal redistribución, así como el personal y unidades afectadas.”

Del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2015 (Número de Recurso 3014/2014).

“El motivo alegado para denegar la prolongación no puede ser aceptable, pues hace referencia a una conducta negligente del funcionario solicitante que debería ser objeto en su caso de otro tipo de procedimiento, con las consecuencias a las que pudiera llegarse, pero desde luego, la exigencia del artículo 67.3 antes citado de que el acuerdo ha de ser motivado ha de venir referida no a cualquier motivo, como ocurre en el presente caso, en que se acoge una supuesta negligencia laboral antecedente a la jubilación necesitada, sino al cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos, cuya configuración corresponde al legislador en desarrollo de la norma básica citada.

En consecuencia, los criterios para la concesión o no de la prórroga, dentro de esa amplia discrecionalidad del legislador para fijarlos, han de ser objetivos y aplicables a todos funcionarios afectados, sin que pueda utilizarse para denegar la prórroga un criterio subjetivo, máxime si implica materialmente una sanción, lo que acercaría la actuación de la Administración a la desviación de poder.”

Del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2017 (Número de Recurso 2155/2015).

Esta Sala tiene declarado [por todas, sentencias del 3 de diciembre de 2012 (Casación 976/2012) y 20 de diciembre de 2011 (Casación 6087/2010) y las que en ella se citan] que la prolongación del servicio activo prevista en el art. 67.3 del EBEP “es un derecho subjetivo condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; pero recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación. La obligación de la Administración de motivar en todo caso, tanto si es favorable como si no, la decisión sobre la prolongación de permanencia en servicio activo solicitada por el funcionario en función de unas necesidades de la organización implica que las necesidades que se citen como fundamento de la decisión que se adopte sean ajustadas a la realidad y que se pruebe su existencia.

TERCERA. - Del análisis del supuesto de hecho objeto de consulta.

Ha quedado referido en las consideraciones jurídicas precedentes el funcionario que ha cumplido la edad legal de jubilación, tiene una expectativa de hacer valer su derecho a permanecer en servicio activo hasta el límite máximo de los 70 años, si bien es un derecho que está condicionado a que formule la petición formal y a que la Administración la autorice o, en caso contrario, motive y justifique la denegación (art. 67.3 EBEP).

En el caso planteado por el Ayuntamiento de XXXXX, y dado que refiere que el funcionario con la categoría de arquitecto técnico cuenta en la actualidad con 68 años, se debió proceder en la fecha en que el funcionario cumplió 65 años (o 65 y unos meses más dependiendo de los años cotizados conforme a la tabla anteriormente expuesta), a declarar el pase a la edad de jubilación del funcionario dado que el artículo 67 del EBEP contiene un mandato imperativo: “ la jubilación forzosa se declarará de oficio ”, y el funcionario no solicitó en tiempo y forma la permanencia en el servicio activo.

Ahora bien, es evidente que en este caso ni el trabajador ha comunicado su deseo de continuar en servicio activo, ni la Administración ha procedido a declarar, pese al cumplimiento de los requisitos legales, la situación de jubilación forzosa. Ambas partes, Administración y funcionario, han consentido y aceptado una situación de hecho sin el cumplimiento de las formalidades requeridas, esto es, las exigidas en la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 31 de

diciembre de 1996 y que se hayan producido los efectos económicos y administrativos de la prolongación de la permanencia en el servicio activo.

Es evidente que por ambas partes, Administración y funcionario, se ha consentido en una situación y que si bien es cierto que el funcionario no ha solicitado en tiempo y forma la prolongación del servicio activo, también lo es que la Administración no ha procedido a declarar su pase a la situación de jubilación forzosa.

Ante esta concurrencia de culpas, y dado que la Administración ha consentido tácitamente esta situación durante años, no puede ir contra sus propios actos (nemine lict adversus sua facta venire) y está vinculada por los mismos al haber consentido una situación jurídica (SSTS 9/12/2010, 09/03/2012, 25/02/2013).

“no es lícito accionar contra los propios actos, cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores, y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen, conforme a las sentencias de 5 de marzo de 1991, 12 de abril y 9 de octubre de 1993, 10 de junio de 1994, 31 de enero de 1995 y 21 de noviembre de 1996, y muchas más” (STS 30/03/1999).

Conforme con ello, es parecer de quien suscribe que el Ayuntamiento debe instar al funcionario en cuestión a que, en el caso de que éste quiera permanecer en servicio activo, formalice inmediatamente su petición, debiendo el Ayuntamiento resolver expresamente bien declarando formalmente esa situación o, en el caso de que el trabajador no formule petición o la Administración considere motivadamente que no procede su concesión, declare el pase definitivo del trabajador a la situación de jubilación forzosa.

III. CONCLUSIONES

De conformidad con las consideraciones expuestas es parecer de quien suscribe que el Ayuntamiento de XXXXXX debe regularizar la situación del funcionario conminándole a que formalice la petición de prolongación de permanencia en servicio activo y resolviéndola favorablemente salvo que por causa justificada de

las determinadas legalmente, acuerde su denegación.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz