

## JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Julio de 2009*

JUAN IGNACIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La representación letrada de un trabajador –enfermero– que ostenta la condición de personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud (SAS en adelante), interpone recurso de casación para la unificación de doctrina con motivo de la denegación del acceso a la situación de jubilación parcial anticipada. Situación que llegó a ser reconocida en la Instancia de conformidad con lo establecido en situaciones comparables por otros Tribunales Superiores de Justicia.

Los hechos que dieron lugar a las actuaciones ponen también de manifiesto la predisposición del Servicio Público a la articulación de un nombramiento a tiempo parcial –como personal eventual, en condición de relevista– y del pase a esa misma condición del trabajador causante.

**RESUMEN:** La Sentencia (dictada en Sala General, RCUUD nº 3044/2008) deniega el acceso a la jubilación parcial al personal estatutario de los servicios de salud, en tanto no se lleve a cabo el oportuno desarrollo reglamentario de los preceptos legales que reconocen dicho derecho (art. 166.4 de la LGSS en relación con el art. 26.4 de la 55/2003 de 16 de Diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario), y a que las CCAA establezcan un plan de recursos humanos al respecto. Por considerar insuficiente, y no aplicable, el conjunto de normas genéricas establecidas en el Real Decreto 1132/02, de 31 de Octubre, en relación con el artículo 166.4 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre la necesidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, modalidad de relevo, previsto en el art. 12.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante).

\*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Hay que indicar no obstante que la Sentencia, si bien unifica doctrina resolviendo una cuestión que se venía planteando con cierta asiduidad en las distintas salas de lo social de los TSJs con resultados dispares, muestra esa misma disparidad de criterios a nivel interno, tal como manifiesta su prolijo voto particular al que se adhieren varios Magistrados. Voto que encuentra su fundamento, en esencia, en dos tipos de consideraciones: 1) el Estatuto Marco del Personal Sanitario aprobado en el año 2003, reconoce de forma plena al personal estatutario de la sanidad pública su derecho a la jubilación parcial, sin que deba entenderse que obliga a las distintas CCAA a establecer plan alguno de recursos humanos; 2) Denegar el derecho al acceso a la jubilación parcial a un amplio colectivo encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), como es el del personal estatutario de la sanidad pública, supone vulnerar el principio de igualdad entre los trabajadores establecido en la Constitución Española, al permitirse a la mayoría de los trabajadores encuadrados en el RGSS acceder a esta figura jurídica, frente a este otro amplio colectivo que estando igualmente encuadrado en el RGSS, no tendría este acceso a la jubilación parcial anticipada.

#### ÍNDICE

1. LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO: BREVE INTRODUCCIÓN Y ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA STS DE 22 DE JULIO DE 2009
3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE UN SÓLIDO VOTO DISCREPANTE
4. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LA SENTENCIA

#### 1. LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO: BREVE INTRODUCCIÓN Y ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

El legislador estableció y reguló en su momento, la posibilidad de acceso a la jubilación parcial como medida de fomento del empleo, regulación legal que nació en una situación de crisis económica que condicionaba las distintas medidas tendentes al fomento del empleo. La jubilación parcial y anticipada viene regulada específicamente en el art. 166.2 (redacción dada por el art. 4.1 de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social) en relación con el art. 12.6 y 7 del ET (la Disposición Adicional 29ª sobre “contratos a tiempo parcial y contratos de relevo” de la Ley 40/07 antes citada modificó la redacción del art. 12.6 e introdujo el art. 12.7 del ET), pretendiéndose con las citadas figuras jurídicas en materia de jubilación y contratación, el

otorgar mayor flexibilidad al acceso a la pensión de jubilación y perseguir la promoción del empleo mediante la exigencia de un contrato de relevo que facilite el acceso al mercado de trabajo.

Por tanto, en este primer punto objeto de breve estudio referente a la jubilación parcial como medida de fomento del empleo, nos vamos a referir únicamente a la jubilación parcial y anticipada que va acompañada de contrato de relevo (art. 166.2 de la LGSS), sin que entremos a valorar y dejemos para un futuro estudio o comentario, la jubilación parcial de los mayores de 65 años que, pudiendo ir acompañado de contrato de relevo, no exige la simultánea celebración del mismo (art. 166.1 de la LGSS).

Efectivamente, la jubilación anticipada y parcial es aquella iniciada después del cumplimiento de los 60 años e inferior a 65 años, que se simultanea con un contrato de trabajo a tiempo parcial, vinculado a un contrato de relevo y que para acceder a la misma es necesario reunir una serie de requisitos, cuales son:

1. Tener una edad inferior a 65 años, así como cumplidos la edad de 61 o 60 años, en caso de tratarse de trabajadores que hubieren estado afiliados al antiguo Mutualismo Laboral, debiendo tenerse en cuenta que la exigencia legal de los 61 años se aplicará de forma gradual, en función de los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre acaecida el 1 de Enero de 2008 (Disposición Transitoria 17<sup>a</sup>. 1 de la LGSS).
2. Acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, debiendo entenderse que se computará la antigüedad acreditada en empresas del mismo grupo, así como la acreditada en la empresa anterior si hubiere mediado una sucesión de empresa en los términos del art. 44 del ET según la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley 12/2001 de 9 de Julio.

Respecto a esta premisa, señalar que el INSS, a fin de reconocer el derecho a jubilarse de modo anticipado y parcial, sólo valorará y tendrá en cuenta los periodos efectivamente cotizados y los que debieren computarse como cotizados, pero no aquellos en los que estando el trabajador de alta no se hubiere cotizado por la empresa, sin perjuicio de que por el trabajador se pueda exigir en vía administrativa o judicial, las oportunas responsabilidades al empresario infractor.

Igualmente y respecto a este segundo requisito, señalar que el periodo de antigüedad de 6 años que se exige al trabajador a jubilar parcialmente, deben ser 6 años consecutivos, sin interrupción alguna, a tiempo completo y en caso de pluriempleo debiendo cumplirse el citado requisito de antigüedad en el conjunto de empresas.

En los supuestos de sucesión de empresas, en aplicación del art. 127 de la LGSS, la empresa adquirente debe responder solidariamente con la anterior de las responsabilidades empresariales que se pudieren derivar de una jubilación parcial irregular, tal y como se señala en la Sentencia nº 1268/09 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de Abril de 2009. En ésta sentencia, se analiza el art. 127 de la LGSS, siendo indiscutible que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responde solidariamente con el anterior o sus coherederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. Igualmente, analiza otro punto que conlleva la responsabilidad solidaria por incumplimiento normativa que comentaré más adelante, cual es que el trabajador a jubilar y el relevista pertenecen a grupos y categorías profesionales distintas, vulnerando el art. 12 del ET y el art. 166 de la LGSS.

3. La reducción de jornada de trabajo debe estar comprendida entre un mínimo de un 25 % y un 75 %, o un 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado mediante un contrato de duración indefinida, acreditando los requisitos del art. 166.2.b) y d) de la LGSS.

Manifiestar que el trabajador que quiere acceder a la jubilación parcial, debe ser un trabajador con contrato a tiempo completo, denegándose el acceso a dicha prestación a aquel trabajador a jubilar que tuviera un contrato a tiempo parcial. El art. 4.2 de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, establece que para acceder al derecho de la pensión de jubilación parcial, es requisito que el solicitante se encuentre en alta y trabajando a tiempo completo. En este sentido ya se han manifestado algunos TSJs, así a título de ejemplo señalar la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 16 de Junio de 2009 dictada en el Recurso de Suplicación nº 856/09.

En los supuestos de pluriempleo, los citados límites de reducción de jornada deben cumplirse por cada empresa, así como en el resultado global final.

4. Se debe acreditar un periodo previo de cotización de 30 años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extras.
5. Que el contrato de relevo que se establezca como consecuencia de la jubilación parcial, tenga como mínimo una duración igual al tiempo que reste al trabajador sustituido y jubilado parcialmente, para alcanzar la edad de 65 años.

Conforme al art. 16.b) del RD 1132/02, la jubilación parcial se extinguiría por la extinción del contrato de relevo a tiempo parcial, salvo cuando se tenga

derecho a la prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, siendo curiosa la interpretación que lleva a cabo la Sala de lo Social del TSJ de Murcia en la Sentencia nº 853/09 de 19/10/09, al señalar la obligación de mantener la pensión de jubilación parcial en caso de extinción del contrato a tiempo parcial por despido improcedente reconocido por la empresa, sin que se entre a valorar posibles responsabilidades. Entiendo que, siendo evidente el derecho del trabajador jubilado a mantener su pensión de jubilación parcial, también entiendo que se debería haber decretado la responsabilidad empresarial sobre la misma y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria con obligación de anticipo del INSS, al haberse extinguido el contrato a tiempo parcial que generaba y daba validez al primero, pues lo contrario supondría una vía o posibilidad abierta a la empresa para amortizar, al menos parcialmente, puestos de trabajo al jubilar parcialmente a un trabajador, y tras contratar al relevista, despedir al mismo reconociendo la improcedencia del despido.

En diversas Sentencias de TSJs se establece la responsabilidad empresarial por el importe de la prestación por jubilación parcial recibida por el trabajador, durante el periodo en el que no existió contrato de relevo alguno, pese a que por la empresa se hubiere acreditado su voluntad de realizar dicha contratación y se llevase a cabo, pero existiendo un periodo de vacío contractual (Sentencia nº 1136/09 del TSJ del País Vasco de 23 de Junio de 2009), o por el importe del capital coste de la diferencia de Base Reguladora de la pensión del jubilado, cuando la empresa después de despedir al relevista, lo readmita en el mismo puesto de trabajo y condiciones por ser el despido declarado nulo, quedando un periodo de vacío sin relevista contratado (Sentencia nº 206/09 de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra de 4 de Septiembre de 2009).

6. En los supuestos en que debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pudiera ser el mismo o similar al que vaya a desarrollar el relevista, deberá al menos haber una correspondencia entre las bases de cotización de ambos trabajadores, sin que la base de cotización del relevista pueda ser inferior al 65 % de la base de cotización que venía manteniendo el trabajador que accede a la jubilación parcial.

Este requerimiento legal ya ha sido objeto de estudio por parte de nuestros tribunales, con una doctrina ya abundante en lo que se refiere al puesto de trabajo igual o similar. En caso de que el trabajador jubilado parcialmente y el relevista, sin tener el mismo puesto de trabajo, tengan uno del mismo grupo profesional o de categoría equivalente, nada impide el acudir a estas figuras jurídicas pudiendo llevarse a cabo el contrato de relevo y la jubilación parcial. Por contra, cuando ambos trabajadores no tengan el mismo puesto de trabajo o

similar, y además sus puestos de trabajo sean de distinto grupo o categoría profesional, no se podrá acudir a estas figuras jurídicas, denegándose el acceso a la jubilación parcial, y por añadidura, el contrato de relevo. Este criterio es el mantenido por la Sentencia nº 1268/09 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de Abril de 2009.

Este criterio se deduce no sólo del art. 166.2.e) de la LGSS, sino que también se llega a ella a través de una interpretación lógica y gramatical del art. 12.7.d) del ET (redacción dada por la Disposición Adicional 29ª.1 de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre que modificó el art. 12.6 del ET e introdujo el apartado 7). Las referencias al grupo profesional o a la categoría profesional, deben entenderse conforme a las definiciones del art. 22 del ET, cuyo apartado 2 define al grupo profesional como “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. A su vez, el art. 22.3 del ET respecto a la categoría profesional, indica textualmente que “se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación”.

Al hilo de todo lo señalado y junto a la Sentencia antes señalada de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de Abril de 2009, también se puede llegar a la misma conclusión llevando a cabo una interpretación *sensu contrario* de la última doctrina de otros TSJs, dado que nada impide el acceso a la jubilación parcial anticipada junto a la formalización de un contrato de relevo, si el puesto de trabajo del relevista es el mismo o uno similar, entendiendo por tal el que conlleve el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Por contra, si no se diese dicho condicionante y no pertenecieren al mismo grupo profesional y tuvieren distinta categoría profesional, no se permitirá el acceso a la jubilación parcial por parte de la administración competente (Sentencia nº 986/08 del TSJ de Cantabria de 18 de Noviembre de 2008, Sentencia nº 689/09 del TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de Febrero de 2009, Sentencia nº 9527/08 de Cataluña de 18 de Diciembre de 2008, entre otras).

## **2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2009**

La Sentencia dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo (Sala General) de 22 de Julio de 2009, nace con cierta polémica, no por no ser correcta, sino

por dictarse sobre un asunto de gran controversia y división entre las distintas Salas de lo Social de los TSJs con sentencias de resultado y criterios dispares, así como entre la propia doctrina. Ello se verifica desde el momento en que frente a la decisión mayoritaria adoptada por la sala y apoyada por el Ministerio Fiscal en su escrito solicitando la desestimación del recurso, se alza un sólido voto particular mantenido y redactado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, al que se adhirieron otros tres Magistrados del Tribunal Supremo.

La citada sentencia que ahora comentamos, deniega el acceso a la jubilación parcial al personal estatutario de los distintos servicios públicos de salud de las CCAA, si bien, este asunto iba referido al personal estatutario del SAS. La misma deniega en el momento actual el acceso a la referida prestación, y lo condiciona de futuro señalando la necesidad del oportuno desarrollo del reglamento que les concede dicho derecho (art. 166.4 de la LGSS en relación con el art. 26.4 de la Ley 55/03), y a que las CCAA establezcan un plan de recursos humanos al respecto, por considerar que la modalidad de jubilación parcial sólo está claramente prevista para los trabajadores por cuenta ajena afectos a la aplicación del ET, y no para los funcionarios públicos ni para el personal estatutario de la sanidad pública por ser esta última una relación jurídica de naturaleza cuasi-funcionarial.

Recordar que la gran mayoría de las solicitudes de prestación de jubilación anticipada que se produjeron en cascada por parte del personal estatutario de los distintos servicios públicos de salud, fueron anteriores a la promulgación de la Ley 40/07, de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, así como a su entrada en vigor el 1 de Enero de 2008 (Disposición Final 6ª). Debido a ciertas lagunas en la regulación de la materia, y al estar reconocido el derecho al acceso a la jubilación parcial en el art. 166 de la LGSS y en el art. 26 de la Ley 55/03, por muchos de los Juzgados de lo Social se dictaron sentencias estimatorias de las demandas, sentencias que si bien fueron recurridas en suplicación por el INSS, muchas de ellas fueron confirmadas por las Salas de lo Social de distintos TSJs.

Son estas diversas sentencias que condenan a la administración y reconocen al personal estatutario de la sanidad pública el acceso a la jubilación parcial, las que provocan una modificación legal que clarifica parcialmente la situación “a posteriori” al exigir de modo expreso el desarrollo reglamentario que antes se exigía, al menos tácitamente. La Ley 40/07 de 4 de Diciembre (BOE de 5 de Diciembre) contiene una norma taxativa al respecto cual es la Disposición Adicional 7ª que establece textualmente que “en el plazo de un año, el gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubila-

ción,...). En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que es de aplicación la Ley 55/03 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (...). Dicha norma surge a fin de intentar contener el problema generado antes de la Ley 40/07, con el acceso del personal estatutario de la sanidad pública a la jubilación anticipada, como se diría coloquialmente, poner la venda después de producida la herida.

La razón principal esgrimida en la STS de 22 de Julio de 2009, para denegar el acceso a la prestación de jubilación parcial al personal estatutario de la sanidad pública viene a ser el afirmar que la jubilación parcial prevista en el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/03) está pendiente de desarrollo reglamentario, así como que el SAS no puede realizar contratos de relevo al amparo del art. 12.6 del ET, corroborado todo ello “a posteriori” con la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 nombrada anteriormente. Parte la Sentencia del TS de un criterio gramático y no integrador, al señalar que cuando el art. 166 de la LGSS y los arts. 1 y 10 del RD 1131/02 se refieren al “trabajador por cuenta ajena”, dicha dicción solo cabe atribuirla a aquellos que de modo voluntario y retribuido, prestan sus servicios al empresario bajo el poder de dirección y sancionador de éste. Ciertamente, dichos caracteres también se encuentran en la relación estatutaria, señalando la sentencia que pese a ello, cuando el legislador remitió a través del art. 166 de la LGSS al art. 12.6 del ET, dejaba claro que su voluntad al regular esta figura jurídica era la de referirse únicamente a los trabajadores que prestaban servicios dentro del ámbito de aplicación del ET, yendo más allá al señalar que determinados colectivos como funcionarios públicos y el personal al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Entidades Públicas Autónomas quedaban excluidos del mismo (art. 1.3.a) del ET), lo que conllevaría también excluir a un colectivo como el personal estatutario que tiene una relación cuasi-funcionarial.

De fondo, el problema que subyace en la cuestión litigiosa es el de la naturaleza jurídica de la relación de servicios que une a la sanidad pública con su personal estatutario. Si dicha prestación la entendiésemos como laboral a todos los efectos, y los trabajadores estuvieren sometidos al ET, evidentemente tendrían derecho a acceder a la jubilación parcial si cumplieren los requisitos de acceso a dicha prestación. Por contra, si la naturaleza de dicha relación fuera funcionarial o cuasifuncionarial, no tendrían tal posibilidad, al estar vedada dicha modalidad de jubilación a los funcionarios públicos.

Sobre este particular, señalar que si bien la sentencia objeto de estudio no hace alusión al art. 1 de la Ley 55/03 de 16 de Diciembre, dicho artículo normativo es de importancia al entrar a valorar el tipo de relación jurídica que une al personal estatutario de la sanidad pública con la administración sanitaria, calificándose el mismo como “funcionarial especial”.



La consecuencia de ello es que cuando el art. 166.2 de la LGSS remite al art. 12.6 del ET (debemos entender también al art. 12.7 del ET sobre contrato de relevo, tras las modificaciones operadas por la Ley 40/07 de 4 de Diciembre) se está refiriendo a los trabajadores por cuenta ajena sometidos al ET que ya tiene desarrollada la normativa aplicable a la jubilación parcial.

Por contra, cuando el art. 166.4 de la LGSS viene de modo expreso, a indicar la necesidad de un desarrollo reglamentario de la jubilación parcial, entiende la Sala que se está refiriendo a otros colectivos a los que no es de aplicación el ET por estar excluidos de modo expreso por el art. 1.3.a) del ET, y que por tanto, está su normativa aún carente de dicho desarrollo reglamentario, siendo el caso de los funcionarios públicos y personal estatutario de la sanidad pública entre otros. Ello lo corrobora la redacción de la muy discutida Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre. Un argumento, que si puede tener algo de peso por criterios puramente comparativos y de técnica legislativa, es que el propio legislador en la Disposición Adicional 8ª.4 de la LGSS reconoce el derecho al acceso a la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, pero también condicionándolo al desarrollo reglamentario pertinente.

En definitiva, por la Sala IV del TS se estima que, cuando el art. 26.4 de la Ley 55/03 de 16 de Diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, señala el acceso del personal estatutario a la jubilación parcial si reúnen los requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social y la necesidad de que por las CCAA se establezca un plan de ordenación de recursos humanos con mecanismos que permitan el acceso a la jubilación, se está abriendo una vía a ésta posibilidad de jubilación pero no de modo directo e inmediato, sino previo desarrollo reglamentario. Similar al personal estatutario de la sanidad pública, sería el caso de los funcionarios públicos conforme a la Disposición Adicional 6ª de la Ley 7/07 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que prevé el estudio de los distintos regímenes de acceso a la jubilación, total o parcial, de los funcionarios públicos con recomendaciones que impidan la discriminación entre colectivos de similares características. La Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, viene a corroborar y confirmar la necesidad de ese desarrollo reglamentario, si bien lo hace de modo totalmente extemporáneo, cuando la litigiosidad sobre esta prestación ya se había disparado ante la poca claridad y la confusión de la normativa farragosa y dispersa sobre la materia.

### 3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE UN SÓLIDO VOTO DISCREPANTE

Frente a la posición mayoritaria de la Sala IV del TS (Sala General) se alza un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina al que se adhieren otros tres Magistrados. En el citado voto particular se disiente de la posición mayoritaria de la Sala, entendiéndose que se debió estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante (personal estatutario del SAS) por ser más conforme a derecho la sentencia de contraste utilizada en el recurso.

Dicha sentencia de contraste es la de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias con sede en Tenerife de fecha 10 de Marzo de 2006 (rollo 879/05), la cual fue la primigenia en los asuntos referentes a la jubilación parcial del personal estatutario de la sanidad pública. En dicha sentencia se consideraba y reconocía el derecho de acceso a dicha prestación, por entender que el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/03), sin necesidad de desarrollo reglamentario, se remitía directamente a los requisitos de acceso establecidos en la normativa de Seguridad Social.

El voto particular que analizamos, parte de una breve evolución histórica de la normativa legal sobre la jubilación parcial, y en la que la conclusión es que la intención del legislador nunca fue exigir para el personal estatutario de la sanidad pública el mentado desarrollo legislativo, sino todo lo contrario, flexibilizar las condiciones de acceso a dicha prestación en condiciones de paridad frente al resto de trabajadores por cuenta ajena. Dicha evolución histórica, arranca con la modificación del art. 12.6 del ET operada por el art. 1 de la Ley 12/2001 de 9 de Julio, continua con la redacción dada por el art. 34 de la Ley 24/2001 de 27 de Diciembre al art. 166 de la LGSS en la que se introdujo el apartado 4, y termina con el art. 10 del RD 1132/2002 de 31 de Octubre que reconoce el derecho de acceso a la jubilación parcial a todos los trabajadores por cuenta ajena integrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Entre ellos se encuentra incluido el personal estatutario de la sanidad pública.

De modo brillante y lógico, se relaciona la normativa aplicable sobre la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena con la Ley 55/2003 de 16 de Diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. En el mismo, en su art. 26.4 de modo tajante se establece que “podrá optar a la jubilación, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social”, sin que se condicione su aplicabilidad y eficacia a ningún desarrollo normativo, siendo evidente que estamos ante una norma de rango legal ulterior al RD 1132/2002.

El espíritu de la Ley 55/2003 y su aplicabilidad y eficacia directa son evidentes, según el voto particular, si relaciones y conectamos el art. 26.4 con el resto de su articulado. El art. 60 establece la posibilidad de nombramientos con dedicación parcial del personal estatutario bajo los términos del art. 12.6 del ET; y el art. 77.4 señala el régimen de incompatibilidades del personal estatutario que se jubile parcialmente, norma que también concuerda con el art. 12.6 del ET. Ello evidencia, según el voto particular analizado, la voluntad del legislador en la aplicabilidad directa e inmediata de la Ley 55/2003, sin sometimiento a ningún tipo de condicionante ni obligatoriedad de desarrollo reglamentario alguno.

Idea fundamental que se manifiesta en el voto particular, es la no aplicabilidad de la Ley 40/2007 de 4 de Diciembre, al supuesto enjuiciado dado que es posterior al hecho causante, entrando en vigor dicha norma el 1 de enero de 2008, mientras que el Estatuto Marco entró en vigor el 18 de Diciembre de 2003, y por tanto, aplicar la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007 de 4 de Diciembre supondría vulnerar los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las leyes. Se añade aún más dado que, reconociéndosele una hipotética aplicabilidad, las consecuencias deberían seguir siendo las mismas, es decir, el reconocimiento al trabajador de su derecho al acceso a la jubilación parcial condicionado al cumplimiento de los requisitos legales.

Manifiestar y aclarar sobre este punto que la redacción dada a la Sentencia del TS de 22 de Julio de 2009 por el Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y al que se adhirieron el resto de Magistrados salvo los que mostraron su discrepancia, no consideró de aplicación la Ley 40/2007, si bien fue objeto de mención, pues la sala para desestimar el recurso del trabajador se basó en diversos criterios con el debido apoyo normativo e intentó argumentar la voluntad del legislador “a priori” con la normativa vigente hasta entonces, e hizo ver dicha voluntad “a posteriori” con la aprobación de la Ley 40/2007, ley que venía a resolver un problema, donde para el voto discrepante no existía dicho problema.

El último argumento que se mantiene en el voto discrepante para entender que se debió reconocer al recurrente su derecho de acceso a la jubilación parcial, es, junto a la posible vulneración del principio de seguridad jurídica y de irretroactividad de las leyes, la infracción del, principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución Española. Se argumenta dicho criterio, en que a “todos” los trabajadores encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social se les reconoce el acceso a la prestación de jubilación anticipada y parcial si cumplen los requisitos legalmente establecidos en la normativa de Seguridad Social, mientras que el adoptar una solución negativa al reconocimiento de este derecho al personal estatutario de la sanidad pública vulneraría el principio de igualdad, dado que también son trabajadores por cuenta ajena y

también se hallan encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Por ello, se entiende que adoptar una solución diferente en esta cuestión, para el personal laboral y para el personal estatutario, haría muy difícil encontrar razonamientos objetivos que justificasen una diferencia o desigualdad de trato.

#### 4. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LA SENTENCIA

La comentada sentencia lleva a cabo un razonamiento con una solución equilibrada al problema planteado, aunque no al gusto de todos. La cuestión, de gran trascendencia, no era de fácil solución, ante la maraña legal que se entremezclaba, al confluir normativa referente al derecho de acceso a la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena del RGSS (entre los que se incluyen el personal estatutario de la sanidad pública), con la normativa propia del citado personal estatutario. Incluso se podría pensar, en que para adoptar la decisión a la que se llegó, pudo pesar una idea de corte economicista ante la incipiente situación de crisis económica general y en especial del sistema productivo, como si el reconocimiento del derecho de acceso a la jubilación parcial del personal estatutario de la sanidad pública pudiera hacer peligrar la “saneada” situación económica en la que se encontraban las cuentas de la Seguridad Social, mas por incrementarse el número de pensionistas con la carga económica equivalente, que por disminuir los ingresos a cuenta de las cotizaciones que no deberían resentirse, ya que al jubilado parcial le sustituiría otro trabajador en el porcentaje de jornada dejada vacante.

Decimos que la sentencia plantea una solución que puede calificarse como equilibrada por razones diversas. Una de ellas sería que, pese a denegar el acceso a la jubilación anticipada y parcial al personal estatutario de la sanidad pública, la sentencia no resuelve el problema de fondo e implícitamente viene a reconocer este derecho del colectivo antes citado, pero condicionado al desarrollo reglamentario reiteradamente repetido. Consecuentemente, lo que viene a ser una resolución judicial denegatoria de un derecho, se podría utilizar como ariete frente al poder legislativo y ejecutivo a fin de que con brevedad se resuelva el problema de fondo y se lleven a cabo las reformas legales y administrativas pertinentes que permitan el acceso a esta prestación a un colectivo que legalmente aparenta tener dicho derecho.

Ese “equilibrio” se reflejaría en el hecho de que se da la razón a la Administración de la Seguridad Social confirmando como correcta y ajustada a derecho su actuación, pero obliga al indicado desarrollo legislativo y reglamentario en un breve plazo. Por contra, para la representación de los trabajadores del colectivo del personal estatutario considerado globalmente, la sentencia se podría tomar como una victoria, si bien pírrica, ya que la sentencia

no les da la razón legal, pero si una razón moral que obliga a mover ficha a la administración por las razones antes indicadas. Ello puede significar un cierto contrasentido, pero obedece a una realidad o costumbre social muy arraigada en nuestro país, cual es que la interpretación de la solución dada por un tercero a una controversia, confrontación o enfrentamiento, va a ser siempre para los implicados positiva, llegándose a la idea de que nadie pierde y todos ganan.

La consecuencia inmediata de la presente cuestión fue la aprobación de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, que obliga al gobierno a presentar en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación parcial, tanto del personal estatutario, como del resto de empleados públicos, incluido de las FFAA. Dicha Ley 40/07, surge a raíz de la vorágine judicial iniciada en el ámbito de los distintos Tribunales Superiores de Justicia al enjuiciar la materia con resultados y criterios dispares. En cualquier caso, la Ley 40/07, pese a ser continuamente nombrada tanto en la Sentencia como en el voto particular, señalar que no era de aplicación, pues siendo de fecha y entrada en vigor (1/1/08) anterior a la fecha de la sentencia, era posterior a la fecha del hecho causante de la jubilación parcial y anticipada objeto de enjuiciamiento.

La sentencia, si bien antes señalábamos que podría ser equilibrada para la administración afectada y para la representación del colectivo global del personal estatutario, desde luego no es equilibrada para los trabajadores directamente afectados. Decimos trabajadores en plural, pues está sentencia no sólo afecta al trabajador personal estatutario que llevó el litigio hasta el Tribunal Supremo, sino que también afecta al resto de trabajadores de este colectivo cuyas demandas aún se encuentran en fase de resolución judicial, ya sea en los Juzgados de lo Social, en los distintos Tribunales Superiores de Justicia pendientes de resolver los pertinentes recursos de suplicación, o en el propio Tribunal Supremo. En estos casos que aún penden de resolución judicial, bien se producirán desistimientos de la acción por los trabajadores, o en su caso, se esperarán las pertinentes sentencias con un resultado, seguramente desestimatorio de sus pretensiones ante la doctrina creada por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada. Pero vamos más allá, dado que la sentencia va a afectar a aquellos trabajadores del colectivo estudiado, que teniendo una edad avanzada, tenían la expectativa de derecho de poder jubilarse anticipadamente, expectativa que no van a poder consolidar al tener que esperar al obligado desarrollo reglamentario impuesto por la sentencia del TS y por la disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007, con la consecuencia inmediata de llegar a la edad reglamentaria de jubilación (65 años).

Desde un punto de vista crítico, entiendo que la Sentencia del Tribunal Supremo debió ser estimatoria del recurso y reconocer el derecho de acceso a la jubilación anticipada y parcial que se solicitaba, por las razones que paso a enumerar:

1ª.- Entiendo que la normativa legal vigente a la fecha del hecho causante en la jubilación parcial y anticipada del trabajador demandante, permitía el acceso del mismo a la misma. El art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/03) ya establecía y reconocía el citado derecho, sin condicionarlo a desarrollo legislativo o reglamentario alguno, salvo el cumplimiento de los requisitos pertinentes establecidos en la normativa de Seguridad Social.

Tampoco se puede denegar el acceso a la jubilación parcial acudiendo al citado art. 26.4 “in fine” del Estatuto Marco, cuando se señala en el citado texto legal que se podrán establecer mecanismos de acceso del personal estatutario a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos. El citado artículo no condiciona el acceso a la jubilación a la existencia de dicho plan, sino que dicho derecho es autónomo y no queda supeditado a dicho plan, más aún cuando éste no es obligatorio, sino meramente potestativo dado que el art. 26.4 “in fine” lo antecede con la palabra “podrá”. Consecuentemente, entiendo que se tiene el derecho de acceso a esta prestación, sin perjuicio de que luego la administración sanitaria pueda o no fijar un plan de ordenación de recursos humanos.

Las distintas sentencias, tanto de TSJs como la ahora comentada del TS, que han venido denegando este derecho se han limitado a interpretar el art. 26.4 de la Ley 55/03, pero sin llevar a cabo una interpretación global e integradora del resto del articulado del Estatuto Marco, en el que se da por hecho la posibilidad de acceso a la jubilación parcial por ser la norma de aplicación directa, al señalar la posibilidad de nombramientos con dedicación parcial (art. 60 del Estatuto Marco en relación al art. 12.6 del ET), así como el régimen de incompatibilidades que operará en caso de jubilación parcial del referido personal (art. 70 del Estatuto Marco).

Corroboro lo indicado el hecho de que en todos los procedimientos surgidos sobre la cuestión objeto de comentario, la administración sanitaria tenía ya resuelto el problema del contrato de relevo, dado que junto al expediente administrativo del trabajador a jubilar parcialmente, se acompaña el contrato de relevo o interinidad con el trabajador sustituto, trabajador que no era innominado sino un trabajador ya concreto con la expectativa fundada de sustituir parcialmente al trabajador a jubilar. A fin de solventar el requisito referente al contrato de relevo, la administración sanitaria ha venido aplicando el art. 9.3.c) del Estatuto Marco que va referido a los nombramientos temporales para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Este hecho se observa en la STS objeto de comentario, al señalar que ya había una trabajadora relevista procedente de la bolsa de contratación provincial e inscrita como demandante de empleo y, acordándose que realizaría el porcentaje de jornada laboral dejada vacante por el trabajador a jubilar.

Por tanto, el problema del contrato del relevista, cualquiera que fuera su denominación (relevo o interinidad), era un problema ya resuelto por la empleadora, es decir, por la administración sanitaria (art. 9.3.c del Estatuto Marco).

2ª.- Igualmente, la resolución judicial comentada es discutible por razones de justicia material. El personal estatutario de la sanidad pública está incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo también trabajadores por cuenta ajena sometidos en este caso a una administración pública como empleadora. Ello conlleva que se convierte en sujeto obligado al pago de las cotizaciones de Seguridad Social, debiendo soportar que por el empleador se le retenga la cuota obrera, junto a otras posibles obligaciones. Significa que contribuye al sostenimiento económico del sistema, al igual que el resto de los trabajadores del Régimen General, y en condiciones de igualdad dado que los tipos de cotización que soportan, para todas las contingencias, son los mismos que los del resto de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General.

Si el personal estatutario soporta las mismas obligaciones que el resto de trabajadores por cuenta ajena, es lógico que genere también los mismos derechos. No es razonable que la gran mayoría de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General accedan a todas las prestaciones admitidas por el sistema, y un colectivo que contribuye con sus cotizaciones al sostenimiento del mismo y que también está encuadrado en el Régimen General, tenga por contra, vedado el acceso a alguna o algunas prestaciones, sin que ello conlleve minoración alguna de la cotización.

Siguiendo con dicho argumento, la decisión adoptada podría vulnerar el principio de igualdad entre el colectivo de trabajadores encuadrados en el Régimen General, dado que frente a similares obligaciones económicas para con el sistema de todos ellos, se obtiene un nivel de protección divergente o desigual según se pertenezca o no a determinado colectivo encuadrado en el mencionado régimen.

Concluir señalando, que tras la sentencia comentada, lo lógico sería que en un plazo breve de tiempo se dé cumplimiento a la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07, ya no sólo para que se elabore el correspondiente estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos (incluido el personal estatutario de la sanidad pública), sino para que se lleve a cabo el desarrollo legal y/o reglamentario que permita a los mismos acceder a la prestación de jubilación anticipada y parcial de modo mas o menos inmediato, por tres razones fundamentales, entre otras muchas que podría haber:

- A) Por un criterio de seguridad jurídica, que deshaga la confusión o maraña legal que rige la materia, evitando la confusión entre los colectivos afectados, de modo que estos puedan conocer perfectamente

cuales son sus derechos respecto a la jubilación parcial; y respecto a los operadores del mundo del derecho, dado que el desarrollo y clarificación de la cuestión evitará resoluciones judiciales divergentes sobre un mismo problema, como ha venido ocurriendo hasta ahora.

- B) Por un criterio de igualdad, que permita a todos los trabajadores por cuenta ajena (independientemente que lo sean de una empresa privada, pública o de una administración), acceder a esta prestación en condiciones de absoluta igualdad, así como de proporcionalidad conforme a las cotizaciones efectuadas durante su vida laboral.
- C) Por un criterio de pura equidad, que permita resolver la situación de aquellos trabajadores por cuenta ajena (no sólo los pertenecientes al colectivo del personal estatutario, sino también aquellos otros que tienen vedada esta prestación) de edad avanzada que se encuentran en una situación de indefinición, por cuanto tenían una expectativa de derecho a jubilarse anticipada y parcialmente, expectativa truncada por la sentencia del TS de 22 de Julio de 2009.

Al indicar o señalar a otros colectivos que tienen vedada esta prestación, nos estamos refiriendo fundamentalmente, al de los funcionarios públicos, que se encuentran en una situación similar a la del personal estatutario, y que igualmente a estos, tienen reconocido el derecho a la jubilación anticipada y parcial en el art. 67 en relación con la Disposición Adicional 6ª del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007 de 12 de Abril), ya condicionado por la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre. Sólo mencionamos y no nos extendemos en este colectivo, pues sería un tema complejo que necesitaría un estudio o comentario individualizado y más que extenso.

Dicha situación de indefinición se podría ver solucionada con una rápida respuesta legal al problema mediante el citado desarrollo legal y/o legislativo, que les permita acceder a la jubilación parcial.