



JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA

Universidad de Huelva

LA JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Sentencias del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 10 de marzo de 2006 y del TSJ de Madrid, de 13 de febrero de 2006

JOSÉ MANUEL DE SOTO RIOJA *

SUPUESTOS DE HECHO: 1.º Un funcionario, con régimen de personal estatutario del Servicio Canario de Salud (SCS), solicitó la jubilación voluntaria parcial con reducción de jornada del 80%, señalando como fecha de referencia la de la jornada laboral del 14 de octubre de 2004, realizando el SCS, en consecuencia, un nombramiento de personal eventual para la prestación de los servicios complementarios vacantes. Pese a lo anterior, y a que el actor presentó ante el INSS, con fecha 29 de octubre de 2004, solicitud de pensión de jubilación parcial, ésta resultó denegada «por no estar prevista la jubilación parcial al personal estatutario dentro de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social». Interpuesta demanda ante el Juzgado de lo Social se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: «*Que estimando la demanda... debo declarar el derecho del actor a que se le reconozca la jubilación parcial del 80% respecto a su jornada hasta la jubilación definitiva*». Contra dicha Sentencia el INSS interpuso Recurso de Suplicación, siendo impugnado de contrario. 2.º Dos trabajadores de un Hospital de la red pública sanitaria de Madrid, ambos con la condición de personal estatutario fijo, presentaron sendos escritos, en fecha 10 de marzo de 2004, solicitando el acceso a la pensión de jubilación parcial por cumplir la edad de 60 años. La gerencia administrativa dictó Resolución en la que comunicaba que dicha reclamación había sido redirigida al Instituto Madrileño de Salud, como órgano competente para resolver, solicitando informa-

* Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva.

ción a la Dirección General sobre los trámites a seguir para resolver las solicitudes formuladas, pero sin que en ningún caso el Hospital emitiese resolución denegatoria. En fecha 1 de julio de 2004 el INSS dictó resolución denegatoria de la prestación de jubilación parcial por no haberse producido el hecho causante de la pensión. Presentada reclamación previa en fecha 30 de julio de 2004, fue desestimada por resolución de 20 de agosto de 2004 reiterando la causa de no haberse producido el hecho causante. El 10 de septiembre de 2004 fue presentada la demanda por los actores y en fecha 27 de octubre de 2004 la Comunidad de Madrid dictó resolución en la que manifestaba que en relación con el apartado 4 del artículo 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aun no se han dado las circunstancias señaladas en el último párrafo de dicho precepto, lo que motiva que ningún profesional haya sido declarado aún en tal situación administrativa. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el INSS, y desestima la demanda planteada por los actores contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

RESÚMENES: 1.º La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife)¹, desestima el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS al entender que el artículo 26.4 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, reconoce el derecho a la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos generales establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Pues, ni en la referida normativa, ni en el cuerpo de la Ley, ni en sus disposiciones adicionales o transitorias se pospone su entrada en vigor o su aplicación a desarrollo reglamentario alguno. Y sin que, tampoco, el segundo párrafo del citado precepto, lo restrinja al no contemplar otra previsión que la posibilidad de las distintas Administraciones Públicas de fomentar este tipo de jubilaciones en supuestos de reordenación de recursos humanos. 2.º La STSJ de Madrid², sin entrar a resolver el fondo del asunto, declara de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la controversia material objeto del proceso, declarando la nulidad de todo lo actuado, incluida la resolución recurrida. Quedando imprejuzgada la acción en autos y señalando el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción como el competente para ello.

¹ Referencia Aranzadi JUR 2006\154265. Recurso de Suplicación 879/2005.

² Resolución de la Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm.112/2006. Recurso de Suplicación 4766/2005. Base de datos www.tirant on-line.com: marginal, 28079340012006100081.



ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL ESTATUTO MARCO
3. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
4. EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE
5. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO

La entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, (B.O.E. núm. 301 de 17 de diciembre de 2003), ha creado, en relación a la posibilidad de acceder a una situación de jubilación parcial, en el personal estatutario de los servicios de salud, unas expectativas que, tanto por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social como algunos órganos de la jurisdicción social, han sido truncadas y ha situado a los beneficiarios, de ese derecho, en una situación de indefensión y de larga lucha administrativa y judicial para, en el mejor de los casos, poder acceder a la jubilación parcial transcurridos muchos meses desde el inicio de la tramitación ante el INSS³; y, en el peor, no ya la denegación del derecho sino la nulidad de todas las actuaciones por entender el Tribunal que no es el órgano jurisdiccional competente para resolver la materia⁴.

Así, el INSS deniega sistemáticamente toda solicitud de jubilación parcial presentada por el personal estatutario de los servicios de salud, alegando causas tan dispares como que no se cumplen los requisitos establecidos en la normativa de aplicación o que la normativa que regula la jubilación parcial no es de aplicación al personal estatutario (si bien estos están encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social), aun cuando los distintos servicios de salud de las Comunidades Autónomas, como es el caso del Servicio Canario de Salud o el Servicio Andaluz de Salud, por citar algunos, o centros Sanitarios dependientes aun del Ministerio de Sanidad, como es el Hospital Gregorio Marañón, de Madrid, se han mostrado partidarios⁵

³ En el caso de la Sentencia de Santa Cruz de Tenerife, el actor inició el trámite ante el INSS (previamente lo había iniciado ante el Servicio Canario de Salud) el 29 de octubre de 2004. El Juzgado de lo Social núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia estimatoria el día 29 de junio de 2005. Contado de fecha a fecha 8 meses justos de espera e incertidumbre y por supuesto de imposibilidad de acceder a la situación de jubilación parcial hasta esa fecha.

⁴ Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los actores iniciaron la tramitación de la solicitud en fecha 10 de marzo de 2004 y la Sentencia que anula toda la actuación procesal es de fecha 13 de febrero de 2006, veintitrés meses, por no decir dos años.

⁵ Esto podemos observarlo con la lectura de las sentencias objeto de este estudio, en el caso de Canarias, donde desde el principio el SCS fue partidario de la jubilación parcial solici-

de esta modalidad de jubilación y han concedido a sus trabajadores la reducción de jornada procediendo a contratar a personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de reducción de la jornada por jubilación parcial del trabajador acogido a ella.

Ante esta situación, creada por una política, que entiendo claramente contraria al reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación parcial⁶, basada más que en otra cosa en un grave problema de caja, de falta recursos, y no de falta de regulación jurídica o de posible desarrollo reglamentario, el INSS está haciendo frente a la gran cantidad de reclamaciones que están interponiendo los trabajadores de los servicios públicos de salud con la denegación automática de las mismas, incluso a personal de régimen laboral⁷, por lo que se frustra, de esta manera, la consecución de un dere-

tada por su trabajador, o en el caso de Madrid, donde los actores citan una situación similar alcanzada por una trabajadora del Hospital Gregorio Marañón de Madrid. Por otro lado un Juzgado de lo Social, el núm. 2 de Huelva, ha reconocido, en este año, la jubilación parcial a una trabajadora del Hospital Juan Ramón Jiménez de Huelva, previamente el SAS le había reconocido el derecho a reducir su jornada de trabajo en un 85% de la misma.

⁶ Cuestión confirmada por el propio Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Don Fidel Ferreras Alonso, el cual en su intervención en las Jornadas sobre «El presente y el futuro de las pensiones en España» organizadas por el Centro de Estudios Financieros, con motivo de su 30.º aniversario (ver Revista Trabajo y Seguridad Social, Comentarios y Casos Prácticos, noviembre de 2007, páginas 93 y siguientes) dijo, según se refleja en la transcripción que hace el CEF, «..., el funcionamiento de la jubilación queda distorsionado por la jubilación parcial. Socialmente está justificada, pero probablemente esté mal diseñada en sus efectos. Se hace necesario huir de la jubilación “mazazo”, que supone trabajar hoy ocho horas y mañana cero; pero tampoco puede existir una concepción donde la jubilación parcial sea económicamente más beneficiosa que la jubilación normal, pues desde el punto de vista económico-social no es asumible, aunque ello esté pasando. La jubilación parcial ha sufrido un crecimiento importante, produciéndose en España a 31 de agosto de 2007 un total de 19.360 nuevas jubilaciones parciales, siendo esto algo que distorsiona mucho el funcionamiento normal de los sistemas en España y Europa».

⁷ En la edición digital del Correo Vasco, http://www.elcorrerodigital.com/vizcaya/prensa/20070515/economia_viz/jubilacion-parcial, se publica un artículo, cuyo titular establece «**La jubilación parcial del personal de la Administración vasca suma ya 264 casos. Los empleados de Osakidetza tienen vedado el acceso a esa fórmula por el INSS**», en el que se informa que: «Hay varias decenas de demandas en los tribunales contra el INSS presentadas por trabajadores de Osakidetza que harán engordar estas estadísticas de forma paulatina, dado que casi todas las sentencias de primera instancia que se van conociendo les dan la razón. El organismo estatal, no obstante, mantendrá la aplicación de los criterios que vedan esta vía de acceso al retiro del personal laboral del Sistema Vasco de Salud, según confirmaron fuentes de esa entidad. El INSS alega que, según la normativa vigente —ley de ordenación sanitaria de Euskadi—, Osakidetza no puede desarrollar relaciones de tipo laboral —capítulo donde se enmarcan los contratos de relevo—, sino sólo estatutario —con funcionario— ... Aunque el INNS basa su actuación en razones jurídicas, expertos y sindicalistas coinciden en que su veto se debe a la aplicación de una política restrictiva...».



cho claramente reconocido por la legislación vigente, dilatando en el tiempo el posible disfrute de la misma, y posiblemente, en algunos casos extremos, la consecución del anhelado derecho cuando el trabajador ya pueda ser beneficiario, de pleno derecho, de la pensión de jubilación, por haber cumplido los 65 años, único requisito que no le es exigible para alcanzar la jubilación parcial.

Todo esto desvirtúa la institución de la jubilación parcial, como derecho reconocido al personal estatutario de los servicios públicos de salud, que al igual que se reconoce al personal laboral, en su triple función permitiría: en primer lugar, un acceso gradual y flexible a la jubilación; en segundo lugar, una clara opción de creación y reparto del trabajo y empleo; y por último, y en tercer lugar, la compatibilización de la actividad laboral y jubilación, incentivando así la permanencia en la cotización⁸.

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL ESTATUTO MARCO

El Estatuto Marco, en su artículo 26.4 establece dos previsiones bien distintas y diferenciadas. En su párrafo primero reconoce al personal estatutario de los servicios de salud el derecho a optar por la jubilación voluntaria, total o parcial, siempre que reúnan los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. En el segundo admite que los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

Con respecto a lo primero estamos ante un reconocimiento directo, mucho más aun, y sin duda alguna, con respecto a la jubilación voluntaria total, del derecho a la jubilación voluntaria parcial. En este sentido la Sentencia de Santa Cruz de Tenerife establece que «...*el referido precepto reconoce la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos generales establecidos en la legislación de la Seguridad Social. Ni en la referida normativa, ni en el cuerpo de la Ley, ni en sus disposiciones adicionales, ni transitorias, en ningún caso se pospone su entrada en vigor o su aplicación a desarrollo reglamentario alguno, remitiéndose en este concreto campo, a la normativa de Seguridad Social... Por lo tanto, se trata de una norma de aplicación directa e inmediata, que por ello, no precisa de desarrollo reglamentario alguno*». Según esto el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos, tanto en el artículo 166 de la Ley General

⁸ Vid. F.J. CALVO GALLEG0, *El Acceso Progresivo a la Jubilación. Del Contrato de Relevo a la Jubilación Parcial*, Mergablum, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002., págs. 19 y ss.

de la Seguridad Social, como en los artículos 9 y 10 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, (B.O.E. núm. 284, de 27 de noviembre de 2002), podrá jubilarse parcialmente, compatibilizando el percibo de la prestación de jubilación con la realización de una jornada parcial de prestación de servicios. En términos parecidos se expresa la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Huelva, que teniendo por «*acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación aplicable... así como la voluntad de la empleadora de reducir la jornada en el tiempo necesario y cubrirla con un relevista, debe estimarse la demanda y revocarse la decisión administrativa*», si bien en ésta se tiene en cuenta, como elemento crucial, que el órgano gestor del servicio de salud admita la petición, cuestión que no se contempla en el precepto analizado. En ambos casos los órganos judiciales han aplicado, por analogía, tanto el artículo 166 de la LGSS y los artículos 9 y 10 del RD 1131/2002, a pesar de las referencias que en estos se hace al artículo 12.6 del TRET, asimilando la figura del contrato de relevo con la del nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria (ex artículo 9.3.c) del Estatuto Marco), con las especificidades propias de la relación estatutaria que prohíbe el nombramiento de personal eventual fijo.

Con respecto a lo segundo, el Estatuto Marco solamente establece una posibilidad de la que podrán hacer uso los Servicios de Salud de las distintas Comunidades Autónomas⁹. Posibilidad, que no obligación de hacer, por lo que no constituye requisito indispensable para que el personal estatutario pueda acceder a la pensión de jubilación parcial. En este sentido se pronuncia la Sentencia de Santa Cruz de Tenerife «...*el párrafo segundo del citado precepto no contempla otra previsión que la posibilidad de las distintas Administraciones Públicas de fomentar este tipo de jubilaciones en supuestos de reordenación de recursos humanos*». En sentido contrario, y entiendo que equivocadamente, se muestra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3

⁹ Así ha ocurrido en Castilla y León, donde su Parlamento aprobó la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, (Boletín Oficial de Castilla y León núm. 52). En su artículo 52.3 establece «*En los Planes de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla y León, se podrán establecer los mecanismos para que el personal estatutario, que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, pueda acogerse a la jubilación voluntaria anticipada, total o parcial, pudiéndose establecer en los mismos medidas para incentivar esta forma de jubilación*», para señalar, más adelante, en su Disposición Final Primera, sobre los Planes de Ordenación de Recursos Humanos, que «*La Gerencia Regional de Salud elaborará, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, un Plan de Ordenación de Recursos Humanos para un período de cinco años*».



de Madrid, de la que trae causa el Recurso de Suplicación desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto de la Sentencia referenciada, en la que se dice que *«De las normas transcritas con anterioridad, se deduce que, para que los trabajadores, (que no hay que olvidar que se trata de personal estatutario), tengan derecho a la reducción de jornada y a la jubilación parcial que solicitan es preciso, que los órganos competentes de la Comunidad de Madrid establezcan un plan de ordenación de los recursos humanos y este plan no existe en la actualidad según manifestó el letrado que compareció en representación de la Comunidad demandada; ni por parte de los actores se ha acreditado lo contrario, por lo que hasta tanto no exista este plan, dicho Organismo no está obligado legalmente a facilitar a los demandantes la reducción de la jornada como acceso a la jubilación parcial que reclaman, por todo lo cual procede desestimar la demanda y absolver a los demandados de las peticiones formuladas en su contra»*, interpretación muy «sui generis» del párrafo segundo del artículo 26.4, que para nada dice algo parecido a la fundamentación del órgano judicial y que unido al fallo, sobre la misma litis, del órgano superior, por el cual el Tribunal *«Sin entrar a resolver el recurso de suplicación...declara de oficio la falta de jurisdicción de este orden social para conocer de la controversia material traída al proceso, con declaración de nulidad de todo lo actuado desde el auto de admisión a trámite de las demandas rectoras de autos, incluida, pues, la resolución judicial recurrida, quedando, en suma, imprejuzgada la acción ejercitada en autos y señalando el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción como el competente para ello, ante el cual podrán los demandantes actuar cuantos derechos estimen que les asisten...»*, se observa que se deja al administrado en una clara situación de indefensión y frustración.

3. EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

EL proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social presentado por el Gobierno para su tramitación parlamentaria, el 16 de febrero de 2007, podría haber solucionado o, mejor dicho, aclarado, la situación de incertidumbre que viven a día de hoy el personal estatutario de los servicios de salud, en relación a la consecución de una jubilación parcial compatible con su jornada de trabajo y más concretamente de los numerosos profesionales, sanitarios o no, que vienen prestando sus servicios en hospitales, centros de salud y otras instituciones, dependiente de los servicios de salud de las distintas Comunidades Autónomas o del propio Ministerio de Sanidad desde hace ya más de treinta y cinco años, por lo cual ya tienen garantizado el percibo del cien por cien de la base reguladora de su pensión

de jubilación, y que pueden seguir mejorando de cara a la consecución de la pensión de jubilación definitiva.

En el proyecto se incluyeron una serie de compromisos que tienen su origen en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social¹⁰ que a su vez trae causa de la Declaración para el Diálogo Social¹¹. En el texto original del proyecto presentado por el Gobierno¹² no se establecía ninguna referencia a la jubilación parcial del personal estatutario, si bien el artículo 4 del mencionado texto pretende reformar profundamente el artículo 166 de la Ley General de Seguridad Social, sobre la jubilación parcial, y se propone añadir una nueva disposición transitoria, la número diecisiete, a la misma ley, de aplicación transitoria de las futuras reformas previstas en esta materia.

Esa reforma endurecerá claramente el acceso a la jubilación parcial, incrementando la edad de acceso en un año, a partir de los 61, a que el trabajador tenga una antigüedad de seis años en la empresa y a que acredite un período de cotización de 30 años como mínimo, se reducen los márgenes de reducción de la jornada, del 15-85%, se pasa al 25-75%. Sin embargo, el legislador sigue pensando exclusivamente en clave laboral, sin tener en cuenta que otros colectivos han sido reconocidos como potenciales beneficiarios de este derecho, como es el caso que nos ocupa, el del personal estatutario de los servicios de salud, o el más amplio de los funcionarios públicos, pero aún más incomprensible en el caso de los primeros, ya que en su normativa propia, el Estatuto Marco, se remite al artículo 166 de la L.G.S.S., de aplicación directa a éstos y que siendo objeto de reforma no aclara la situación de acceso de los mismos al reconocimiento de la prestación de jubilación parcial.

De las múltiples enmiendas presentadas por todos los grupos parlamentarios, del Congreso de los Diputados, al texto del proyecto, bien de veto, adición, supresión o modificación, sólo una, la número 149¹³, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana proponía una regulación legal y expresa, en los mismos, o parecidos términos, a los que realiza el artículo 166 de la LGSS con respecto a los trabajadores de régimen labo-

¹⁰ Acuerdo suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

¹¹ Declaración suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

¹² B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-1, de 23 de febrero de 2007.

¹³ B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-12, de 5 de junio de 2007.

ral. No es la primera vez que un grupo parlamentario presenta ante las Cortes un propuesta similar a la comentada, pues en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, en el trámite de enmiendas en el Senado, el Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria presentó una enmienda, la número 83¹⁴, versando en términos parecidos, con un importante matiz diferenciador, (más adelante se comentará), que la presentada por Esquerra Republicana al texto del proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, enmienda, la de Coalición Canaria, que fue rechazada.

La enmienda, de adición, proponía añadir una disposición adicional nueva al texto refundido de la Ley General de Seguridad Social con la rúbrica «*Jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud*», en la cual se reconoce al personal estatutario de los servicios de salud, que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con arreglo al régimen general de la Seguridad Social, con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, poder acceder a la jubilación parcial, en los términos previstos en el artículo 166 de la Ley y disposiciones que lo complementan o desarrollan, con las particularidades que la misma enmienda introduce. Esas particularidades son: que el porcentaje de resolución de la jornada se entenderá referido a la jornada ordinaria del personal homólogo con dedicación a tiempo completo; no podrán realizar jornada complementaria, o en su caso, especial, en los términos previstos en el Estatuto Marco; y por último, para poder acceder a la jubilación parcial, la Administración deberá efectuar simultáneamente un nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria de los previstos en el artículo 9.3.c) del Estatuto Marco, al que serán de aplicación la incompatibilidad a que se refiere al apartado 2 del artículo 165 de la LGSS.

Antes de comentar la justificación argumentada por el enmendante, hay que resaltar la incongruencia del último inciso, pues exige, en primer lugar, que la Administración Sanitaria tenga intención de conceder la reducción de jornada y, en segundo lugar, que la percepción de la prestación de jubilación será incompatible con el desempeño de la jornada reducida. Y ello por que utilizando la misma redacción, idéntica o calcada, que la realizada por Coalición Canaria, el año anterior, en su justificación, Esquerra Republicana, reproduce el sentir de la Sentencia de Tenerife al entender que el artículo 26.4 del Estatuto Marco es una norma «*de aplicación directa e inmediata*», que, por ello, no precisa de desarrollo reglamentario alguno, añadiendo

¹⁴ B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 76 (e), de 30 de noviembre de 2006.

que dicha situación no es imputable al personal estatutario y a los organismos gestores por la «*existencia de lagunas normativas*».

Sostiene el enmendante que la previsión del artículo 26.4 del Estatuto Marco «*provee a los servicios de salud de una herramienta de gestión para la ordenación de los recursos humanos, y representa paralelamente un derecho individual del personal contemplado expresamente en el artículo 17.1.i) de la referida Ley*». Para que esta medida sea efectiva «*se requiere el correspondiente reflejo de la misma en la Ley General de Seguridad Social, en términos análogos a los previstos en el artículo 166 de dicha Ley y normativa complementaria para el personal laboral sometido al estatuto de los trabajadores*». Esa falta de regulación «*está impidiendo la aplicación del precepto señalado, y la consiguiente imposibilidad de llevar a efecto las expectativas generadas tanto en el personal como en los organismos gestores, lo que se traduce en situaciones de desprotección e inseguridad jurídica que vienen siendo resueltas en algún caso por los tribunales de justicia en sentido favorable a los trabajadores, en aplicación del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por ser de aplicación directa e inmediata, no siendo imputable a las mismas la existencia de lagunas normativas*». Siendo esta situación «*puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por los servicios de salud en el seno de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud*». Concluye la justificación de la enmienda con la pretensión de «*solventar la situación descrita mediante la previsión expresa del tal derecho en la Ley General de la Seguridad Social en términos similares a los previstos para el régimen laboral común, salvando las escasas particularidades derivadas de la específica regulación del régimen estatutario*».

La citada enmienda no fue tenida en cuenta, en su práctica totalidad, manteniéndola viva el enmendante, si bien la Ponencia, en su Informe¹⁵, propuso una modificación sustancial del articulado y de sus disposiciones, a resultas de la cual en el nuevo texto aparece una nueva disposición adicional nueva, la séptima¹⁶, que con la rúbrica «*Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos*» propone que «*en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los funcionarios civiles del Estado, las Fuerzas Armadas y el personal al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones*

¹⁵ B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, núm. 126-14, de 26 de junio de 2007.

¹⁶ El texto original contaba con tan solo cinco disposiciones adicionales.

de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes Regímenes».

Como se puede observar no se hace mención al personal estatutario de los servicios de salud. Podríamos entender que la Ponencia entiende incluido en el grupo de funcionarios civiles del Estado a dicho personal, sobre todo desde la entrada en vigor del Estatuto Marco, pues éste ha establecido, con claridad meridiana, el carácter funcionarial de la relación estatutaria en su artículo 2. Sin embargo hay que decantarse por lo primero, la omisión. La prueba nos la ofrece el Dictamen de la Comisión¹⁷, en el cual se observa una muy importante modificación del texto de la disposición adicional séptima ya que sustituye la expresión «...de los funcionarios civiles del Estado, las Fuerzas Armadas y el personal al servicio de la Administración de Justicia...», por la de «...empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia,...». En definitiva, según entiendo, esa modificación obedece, más bien, a la reciente aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, (B.O.E. núm. 89, de 13 de abril de 2007), el cual en su artículo 67.1.d) reconoce la jubilación parcial de los funcionarios públicos, con bastante más claridad, incluso, que el propio artículo 26.4 del Estatuto Marco, si bien es cierto, que con la aclaración realizada, por esta última norma, del carácter funcionarial de la relación, podríamos acabar diciendo que aun habiéndose procedido a silenciar la mención expresa del personal estatutario, éste debe entenderse integrado en el conjunto de empleados públicos, si bien más abajo veremos que eso no es así.

La enmienda, no incorporada al dictamen de la Comisión, fue mantenida para su defensa en el Pleno, siendo rechazada en Sesión plenaria núm. 259 celebrada el jueves, 13 de septiembre de 2007¹⁸, por 165 votos en contra, 14 votos a favor y 129 abstenciones¹⁹. Así, el texto definitivo del proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social era aprobado por el Congreso²⁰, en la fecha antes citada y remitido al Senado, teniendo entrada en el mismo el día 24 de septiembre de 2007²¹, sin incluir mención expresa alguna al personal estatutario de los servicios de salud, manteniendo

¹⁷ B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-15, de 11 de julio de 2007.

¹⁸ B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-16, de 10 de septiembre de 2007.

¹⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2007, VIII Legislatura, núm. 281.

²⁰ B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-17, de 20 de septiembre de 2007.

²¹ B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (a), de 24 de septiembre de 2007.

do así esa situación de incertidumbre e inseguridad para el mismo al no verse clara la solución al problema al que tienen que enfrentarse continuamente, solicitud de prestación de jubilación parcial ante el INSS, denegación, reclamación previa, desestimación, demanda ante el Juzgado de lo Social, sentencia, y en el peor de los casos, recurso de suplicación, y aun peor, o más grave, tramitación de nueva demanda ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo.

En su tramitación en el Senado el proyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social ha sido objeto de nuevas enmiendas por parte de los grupos parlamentarios y dos de ellas versan sobre la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud, la número 56, del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, y la número 78, del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió²².

La enmienda de la Entesa, que propone una nueva disposición adicional, reproduce literalmente, o mejor dicho hace suya, la enmienda presentada por Ezquerra Republicana en el trámite de enmiendas del Congreso, transcribiendo, palabra por palabra, la justificación realizada en su momento por dicho grupo, y solo en lo relativo a esta última, la justificación que se acompañaba en la enmienda que Coalición Canaria presentó al proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

La enmienda de CIU, que propone la adición de un nuevo apartado al artículo 4.1 del proyecto, apartado Uno bis, con una justificación muy parca y breve, sí reproduce el contenido de la mencionada enmienda de Coalición Canaria. Las dos grandes diferencias, son, de un lado, la aplicación de las particularidades previstas en la normativa laboral para el contrato de relevo al personal estatutario eventual nombrado para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria, y de otro lado, la relativa a la compatibilidad del disfrute de la prestación de jubilación con el desempeño a tiempo parcial del puesto de trabajo en el sector público desde el que se accede a la misma, no siendo, por consiguiente, de aplicación la incompatibilidad a que se refiere el apartado 2 del artículo 165 de la LGSS. El objetivo a alcanzar, según reza en la justificación, es *«favorecer la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud que reúna las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con arreglo al Régimen General de la Seguridad Social»*.

Con respecto a la primera diferencia habrá que entender que la intención del enmendante es la de conseguir que el personal eventual pueda ser contratado a tiempo completo, por aplicación del artículo 12.6 del E.T. y no exclusivamente por el porcentaje de reducción de la jornada del personal

²² B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (d), de 16 de octubre de 2007.

estatutario jubilado parcialmente, como establece el Estatuto Marco, ya que lo que no procede es la posibilidad de contratación indefinida, pues el personal estatutario fijo solo puede ser nombrado tras la superación del correspondiente proceso selectivo, según establece el artículo 8 del mismo. Con respecto a la segunda diferencia la intención, entiendo, es clara, dar solución a una situación contradictoria, pues el contenido del apartado 2 del artículo 165 de la LGSS es claramente contrario con el espíritu del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios de salud.

Ambas enmiendas no han sido tenidas en cuenta por la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Senado en su Dictamen²³, si bien ambos grupos manifestaron su deseo de mantener como votos particulares al texto del proyecto de ley, las mismas, al objeto de ser defendidas ante el Pleno del Senado. En Sesión Plenaria, celebrada el día 7 de noviembre de 2007²⁴, la enmienda de la Entesa fue rechazada, por 3 votos a favor, 225 en contra y 10 abstenciones, mientras que la enmienda de Convergencia i Unió ha sido objeto de una transaccional, recogida en el Texto aprobado por el Senado²⁵, así como en las Enmiendas al Proyecto de Ley, del Senado²⁶, acompañadas de mensaje motivado remitida al Congreso de los Diputados, por la que se adiciona a la disposición adicional séptima el siguiente texto *«En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior»*.

En definitiva, nada de nada, dar vueltas sobre vueltas y no dar soluciones concretas. De paso, he de reafirmarme en la idea que manifesté más arriba, cuando sostuve que la disposición adicional séptima no era de aplicación al personal estatutario de los servicios de salud, que habían sido omitidos y, que al parecer, ni siquiera la tan citada condición funcional de los mismos recogida en el Estatuto Marco, justificaba su inclusión en el genérico de Empleados Públicos. El texto definitivo de la Ley, ha sido aprobado en la Sesión Plenaria, núm. 280, que celebrada el pasado jueves 22 de noviembre de 2007.

²³ B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (f), de 31 de octubre de 2007.

²⁴ Diario de Sesiones del Senado, año 2007, VIII Legislatura, núm. 137.

²⁵ B.O.C.G. Senado, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, núm. 118 (g), de 14 de noviembre de 2007.

²⁶ B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 126-18, de 16 de noviembre de 2007.

4. EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

No voy a entrar en este punto a discutir si la competencia jurisdiccional para conocer de las reclamaciones interpuestas por el personal estatuario de los servicios de salud frente a esas entidades es la Jurisdicción laboral o la contencioso-administrativa, pues ya es algo que está pacíficamente resuelto, porque, si bien el propio Estatuto Marco no ha derogado expresa o tácitamente el artículo 45.2 de la L.G.S.S., la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en su Auto de 20 de junio de 2005 (Auto 8/2005) (RJ 2005,4466), recaído en conflicto de competencia núm. 48/04, resolución que claramente no constituye jurisprudencia, ha sentado el criterio de que es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer de estos asuntos. Ante esta situación algunos Tribunales Superiores de Justicia cambiaron sus criterios a favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa²⁷, mientras otros modificaron su criterio inicial de asignación de competencia al orden contencioso-administrativo para asignarla al orden social²⁸. Situación que claramente se debe entender resuelta y zanjada por el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2005, 7821), se decanta por el criterio que mantuvo la Sala Especial de Conflictos de competencia del mismo Tribunal.

Sin embargo, este tipo de procedimientos que interponen los trabajadores de los servicios de salud, personal estatuario o funcionarios de régimen especial, en los que el objeto principal es la reclamación del reconocimiento y procedencia del derecho a la jubilación parcial y al devengo de la prestación económica correspondiente de su cuadro de acción protectora, no son litigios contra el Servicio Público de Salud en el que prestan sus servicios, de nacimiento o extinción de la relación estatutaria ni tampoco acerca de sus condiciones de trabajo, sino procedimientos de seguridad social en los que la Administración Sanitaria competente es codemandada por su condición de parte interesada y más que posible afectada a efectos de lo que pueda resultar. Por ello es el Orden Social el competente para conocer de estas reclamaciones, seguidas por el procedimiento de los artículos 139 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así lo hace el propio INSS cuando al desestimar la reclamación previa a la vía judicial reconoce al interesado el derecho a interponer demanda ante el Juzgado de lo Social, y los propios Juzgados de lo Social, que en sus Sen-

²⁷ Entre otras STSJ de Aragón de 15 de julio de 2005 (JUR 2005, 220816), STSJ Murcia de 21 de julio de 2005 (JUR, 185519) o STSJ de Extremadura de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 215843).

²⁸ STSJ de la Rioja de 7 de julio de 2005 (JUR 2005, 187623).



tencias advierten a las partes el derecho que les asiste para interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, como se puede ver en las sentencias de instancia de las que traen causa los recursos resueltos por las sentencias objeto de este estudio.

No tiene, por lo tanto, sentido alguno el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al declararse dicho órgano judicial «*falto de jurisdicción*», pues ante situaciones como éstas el administrado se encuentra claramente en situación de indefensión y de confusión. Entiendo que el Tribunal ha aplicado en este pronunciamiento, y de forma errónea, el Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo, sin ser en este caso aplicable tal doctrina, que no jurisprudencia, del Supremo. Tengo la duda de que pasaría si se interpusiera esa reclamación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, seguramente el Tribunal se declararía incompetente para conocer de esa controversia, por tratarse de un pleito de seguridad social para los que la competencia viene atribuida al Orden Social, y aun más, al estar encuadrados el personal estatutario de los servicios de salud en el régimen general de la seguridad social y no en el régimen especial de funcionarios.

Peor sería llegar a pensar que el administrado debiera interponer dos demandas simultáneas, una contra el Servicio Público de Salud, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, en reclamación de la reducción de jornada, y otra contra las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, ante el Juzgado de lo Social, en reclamación de reconocimiento del derecho de jubilación parcial. La primera debería condicionar a la segunda, pero la segunda no podría ser estimada sin haber alcanzado un resultado positivo en la primera. En definitiva, el demandante podría tener derecho a la pensión de jubilación, por cumplimiento de la edad, antes de que las situaciones litigiosas fuesen resueltas.

En definitiva, el orden jurisdiccional competente para conocer de este tipo de reclamaciones, no puede ser otro que el Orden Social, independientemente del carácter funcional otorgado al personal estatutario de los servicios de salud por el Estatuto Marco.

5. CONCLUSIONES

En primer lugar debo manifestar, de un lado, el gran acierto que me parece el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, y de otro lado, el gran desatino que, considero, comete en su Sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En relación con lo primero, por entender que el reconocimiento del derecho de acceso a la jubilación parcial del personal estatutario de los servicios públicos de salud, por su propia normativa, el Estatuto Marco, es un

reconocimiento directo, sin necesidad de requisito adicional alguno, más que los que ya marca el artículo 166 de la L.G.S.S. y los artículos 9 y 10 del R/D 1131/2002, sin necesidad por lo tanto de desarrollo reglamentario, si bien hubiera sido deseable, que en trámite de elaboración de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social y en su aprobación definitiva, se hubieran incluido ciertas «pequeñas» modificaciones que hubieran dado como fruto la homologación del derecho del personal estatutario con el personal laboral, incluyendo breves expresiones que igualaran el significado de empresa con el de servicio de salud, o el más gravoso, contrato de relevo con nombramiento de personal estatutario eventual para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Con esas pequeñas matizaciones, entiendo que la cuestión problemática planteada ante los juzgados no tendría razón de ser, o lo que es lo mismo, no sería preciso acudir a la vía judicial. No obstante, y a pesar de todo, entiendo que por aplicación de la analogía, la situación de hecho está claramente protegida por la legislación vigente, sin necesidad, por lo tanto, de regulación específica o de desarrollo reglamentario.

En relación con lo segundo, insisto en lo que ya he reflejado en el último párrafo del punto 4 de este estudio, el orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones litigiosas surgidas por la desestimación de la solicitud de jubilación parcial por parte del personal estatutario ante el INSS no puede ser otro que el Orden Social, pues ante todo, estaremos siempre ante un pleito de seguridad social y no de otro tipo, aunque sea codemandada, junto al INSS, el servicio público de salud correspondiente.

En segundo lugar, entiendo que la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 26.4, y más concretamente, su desarrollo, no se convierte en requisito indispensable para que el personal estatutario pueda acceder a la jubilación parcial. No se trata de una norma imperativa que obligue a los distintos Servicios de Salud a planificar la jubilación parcial de manera acorde o según lo establecido en sus Planes de Ordenación de Recursos Humanos. Lo que el precepto hace no es más que otorgar a las Comunidades Autónomas la posibilidad, que no la obligación, de incluir en sus Planes de Ordenación de Recursos Humanos ciertos mecanismos que puedan facilitar el acceso del personal a esta modalidad de jubilación y armonizar la organización de sus recursos humanos.

En tercer lugar quiero manifestarme crítico con el trámite parlamentario de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social. Parece mentira que todo el esfuerzo puesto por varios grupos parlamentarios, a través de sus enmiendas, para conseguir un reconocimiento más expreso y sin equívocos del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario, que insisto de por sí ya es directo tal y como lo reconoce el artículo 26.4 del Estatuto Marco, haya dado como único fruto el mandato al Gobierno para la presentación, en el plazo de un año, de un estudio sobre la normativa reguladora



de la jubilación anticipada y parcial...en el que se ha de contemplar la realidad específica de los diferentes colectivos, como el personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo...En definitiva, nada de nada, palabras vacías que lo único que consiguen es dilatar el acceso de determinados colectivos concretos, como el del personal sanitario no facultativo, que no pudiendo acceder a la jubilación anticipada, según lo establecido en el artículo 151, del antiguo Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo, no derogado por el Estatuto Marco, ven como tendrán que esperar al cumplimiento de la edad para definitivamente poderse jubilar.

En cuarto y último lugar, creo que estamos ante una situación en la que claramente se refleja que el problema no es otro que la falta de fondos del Sistema y no concretamente ahora, sino más bien de cara a un futuro muy cercano. Ante esta situación el administrado tiene dos opciones, mantenerse en su puesto de trabajo o aventurarse a anticipar la jubilación, con aplicación de coeficientes reductores que mermarán el importe de su pensión, cuando en muchos casos que actualmente se están decidiendo en sede judicial se trata de personal con treinta y cinco, y a veces muchos más, años cotizados a la Seguridad Social, y que con el acceso a la jubilación parcial incluso mejorarían su pensión final de jubilación total.